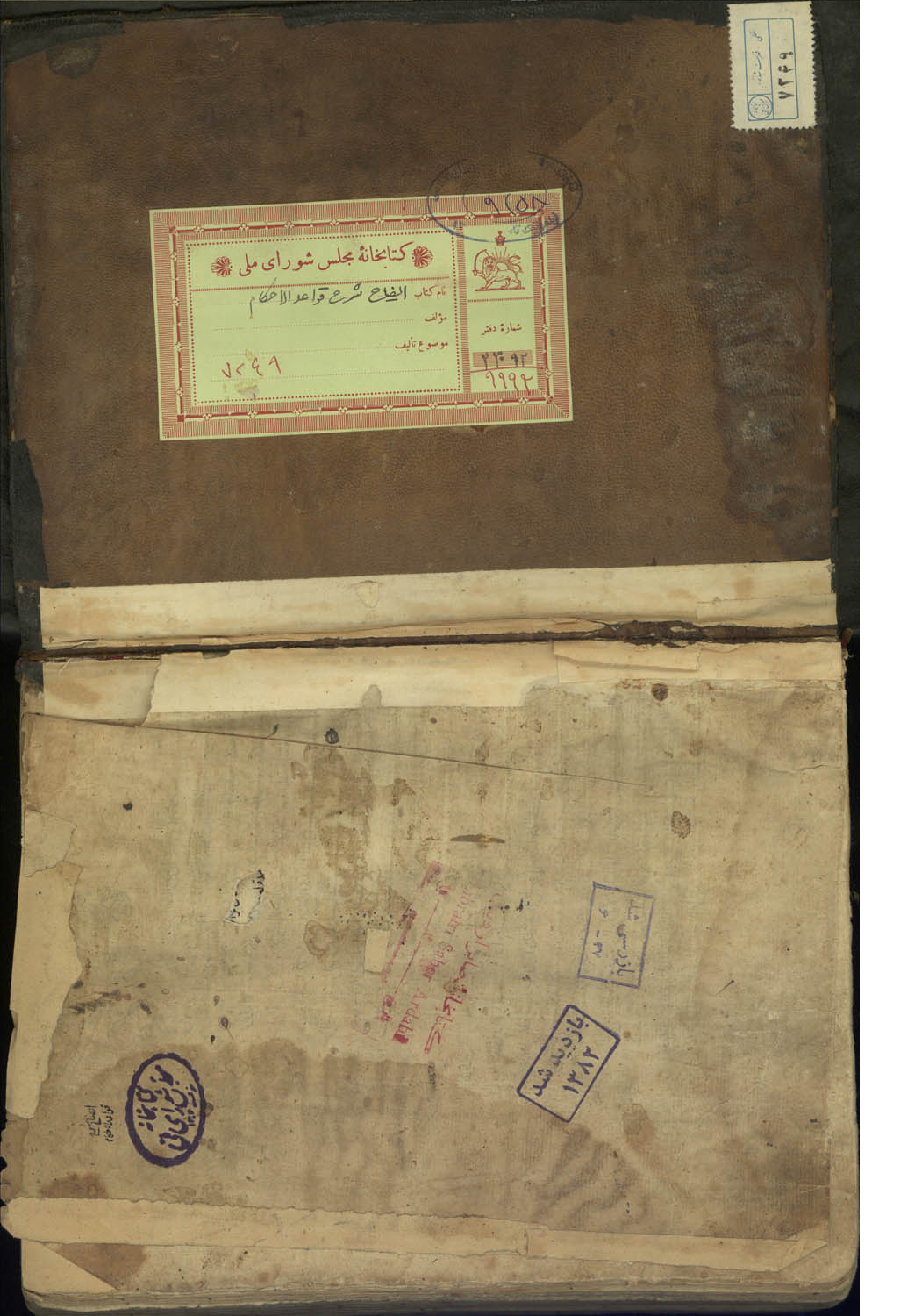


کتابخانهٔ مجلس شورای ملی
نام کتاب ایضاح شرح قواعد الاحکام
مؤلف
موضوع تالیف
شمارهٔ دفتر
۷۲۴۹
بازدید شد
۱۳۸۲

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

الجنابة سبب الغسل والاصل الجنابة والا اثر الوضوء مع التنصيص عليه وهو باطل اجماعا

دام ظله ونية الاحداث اقوى اشكالا عدم اجزاء غيره عنه والكامل في ذاته اكمل من المتمم بغيره

لو نوى الاستباحة لا غير احتمل [illegible] عليه السلام لكل امرئ ما نوى ولانه لو اجزا لكان اما

باعتبار انصرافه الى غسل الجنابة وهو باطل لاشتراك نية الاستباحة بينهما ولا دلالة للاشتراك على ما به

الامتياز فتخصيصه بالجنابة ترجيح من غير مرجح او لاقتضاء نية الاستباحة المطلقة لا لاحداث وهو باطل

والا لاجزا غسل الحيض المنوى به للاستباحة عن الجنابة لوجود العلة ولانه كارت نية الاستباحة

المطلقة ورفع حدثين اثرت في رفعهما مع تعقيدهما باحدهما كالبول والغائط قياس والاول اقوى

لانه نوى شيا يحصل له للحدث المقدم ذكره ولاقتضائه رفع كل واحد عند الانفراد فكذا عند الاجتماع لعدم

ما نعيه احدهما الاخر ولرجحان هذا الاحتمال اللازم لجواز الغفلة عنه لانه للبين وعدم ارادة اللازم

دام ظله ولو توضا قبل الاستنجاء صح وضوءه وعندي ان التيمم كان لعذر لا يمكن زواله

فكذلك هذا يبتنى على ان التيمم هل يصح في اول الوقت مطلقا او مع العلم بعدم زوال عذره

او لا مطلقا وهو ياتي دام ظله الاقرب جواز الاستنجاء في المعتاد اذا صار معتادا

للغرب وجهان ان المخرج كلي طبيعي يصدق على الطبيعي وغيره ما هو معتاد ولزوم الحكم

الكلي يستلزم ثبوته لافراده ان المشقة موجودة فيها فناسب الترخص للاستنجاء واما غير المعتاد

فهو بمنزلة ازالة النجاسة ويحتمل عدمه لان الاصل عدم زوال النجاسة الا بالماء خرج عنه المنصوص فبقي الباقي على

اصله ولان المخرج انما يطلق حقيقة على المعهود لانه المتعارف والسابق الى الذهن والله اعلم

في المياه دام ظله ولو وافقت النجاسة الجاري في الصفات فالوجه عندي الحكم بنجاسته

ان لو كان يتغير بمثلها على تقدير المخالفة والا فلا وجه اختيار المصنف وجود المقتضي وهو صيرورة

الماء مقهورا لانه كلما لم يصر مقهورا لم يتغير بها على تقدير المخالفة وينعكس بعكس النقيض الى قولنا كلما يتغير على

نقد

على تقدير المخالفة كان مقهورا ولا يلزم عن عدم امارة الشيء عدمه والاحتياط ويحتمل عدم التنجيس وهو التغير

حقيقة لقوله عليه السلام خلق الله الماء طهورا لا ينجسه الا ما غير لونه او طعمه او ريحه والاقوى عندي الاول

دام ظله الثاني لو اتصف غير البئر ان كان كرا فصاعدا ما نعا على اشكال منشاؤه وجود حقيقة الماء

بل هي اكد ومن مشابهته للاجسام الجامدة لعدم استهلاك الواقع فيه واتصاله به اتصال مماسة لا ممازجة فلا

ينفصل عن باقي الاجزاء والحق الاخير والمصنف اسقط هذا الاشكال وعمل بالاخير دام ظله وان لاقته

من غير تغير فقولان اقربهما البقاء على الطهارة اختلفوا في تنجيس البئر بمجرد ملاقاة النجاسة فقال الشيخان

وسلار وابن ادريس بالتنجيس لان علي بن يقطين سال الكاظم ع عن البئر يقع فيها الحمامة او الدجاجة او الفارة او الكلب

او الهرة فقال يجزيك ان ينزح منها دلاء فان ذلك يطهرها ان شاء الله وهذه الرواية تدل على وجوب النزح

بقوله تجزيك فان الاجزاء انما يستعمل في الواجب وعلى ان النزح هو المؤثر في تطهيرها فلو كانت طاهرة قبله لزم

تحصيل الحاصل واجتماع الامثال والرواية صحيحة وقال الشيخ في بعض كتبه وابن ابي عقيل والمصنف بعدمه

وهو الحق لقول الرضا ع ماء البئر واسع لا يفسده شيء الا ان يتغير ريحه او طعمه فينزح منه حتى يذهب الريح ويطيب

طعمه لان له مادة وهذا هو الحق عندي لان النبي صلى الله عليه وآله كان يدل على آبار المشركين في الحرب ولم يامر بالنزح

والا لنقل كما نقل غيره من اوامره ونواهيه وكيف وهو مما تعم به البلوى والجواب عن حجتهم ان هذه الرواية

الدالة على الطهارة نص وتلك ظاهرة والظاهر لا يعارض النص ولانها قد اشتملت على علة الحكم والمراد في قوله يطهرها الطهارة

اللغوية جمعا بين الاحاديث ولو لم يكفه المطلق للطهارة فتمم بالمضاف الطاهر وبقي الاسم صح الوضوء والاقرب

وجوب التيمم ذهب الشيخ الى عدم وجوب التيمم والى جواز الوضوء معه لعدم استلزام الاستهلاك في الجنس

اتحاد الحقيقة والوجوب تابع لاتحاد الحقيقة وصحة الوضوء لصدق الاسم ووجه اختيار ان الاستعمال

تابع للاسم والا لم يجز وقيل كلام الشيخ متضاد وليس بجيد فان وجوب الوضوء مشروط بوجود الماء والتمكن

منه ومطلق بالنسبة الى تحصيل الماء واستعماله فلا يجب ايجاد الماء لعدم وجوب الواجب المشروط ويجب الوضوء

مع حصوله   دام ظله واما ماء الغسل من الحدث الاكبر فانه طاهر اجماعا ومطهر على الاصح   الماء المستعمل
في الغسل هو الماء المنفصل عن الاعضاء المستعمل قبلا في طهارة مبيحة للصلوة من الحدث الاكبر واجمع اصحابنا
على طهارته وكونه مطهرا من الخبث وهل يطهر من الحدث الاصغر والاكبر بمعنى انه يبيح الصلوة من احدهما اختلف
اصحابنا فيه واما اختياره هنا هو اختيار المرتضى وابن ادريس لرفعه الخبث وهو اقوى وللاستصحاب وهو الحق
عندي لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا علق التيمم على فقد الماء مطلقا فيجوز الطهارة به مطلقا سواء كان مستعملا
او غير مستعمل والا لكان قد اخذ غير السبب مكانه ولا يجوز ولقول النبي عليه ان الماء طهور ولا ينجسه شيء على مطلق
الماء وهو من الحسان رواه ابو سعيد الخدري وقول الائمة عليهم السلام الماء يطهر ولا يطهر ولان الطهورية ثبتت
لصفات خلقته وهي باقية واشار عليه السلام الى ذلك بقوله خلق الماء طهورا وذهب الشيخان وابناء بابويه
الى عدمه للشك فيه ولقول الصادق ع الماء الذي يغسل به الثوب او يغتسل به الرجل من الجنابة لا يجوز ان يتوضا
به ولقول النبي ص لا يغتسل احدكم في الماء الدايم وهو جنب فلولا ان يفسده منعا لم ينه عنه وهذا الحديث من الصحاح
ولان الصحابة لم يجمعوه لذي الاعواز والجواب النهي للكراهة وعدم جمع الصحابة ليس بحجة وايضا فان الصحابة لم يجمعوا
ماء الوضوء لذي الاعواز ايضا وهو مطهر باجماع علمائنا   دام ظله اما الماء القليل فانما يطهر بالقاء كر دفعة عليه
لا باتمامه كرا على الاصح   هذا اختيار الشيخ وابن الجنيد وهو الاصح للاستصحاب ولانه منا وللنجاسة تحبس
القليل ولامتناع اجتماع طهارته مع نجاسة غسالة الحمام لان بلوغ الكرية اما ان يقتضي التطهير او لا وايا ما كان
ثبت في الموضعين اذ لا يقتضي غيره عند القابل به لكن الثاني ثابت لنقل ابن ادريس الاجماع عليه والاجماع المنقول بخبر
الواحد حجة وقول ابي الحسن ع ولا يغتسل من البير التي تجمع فيها ماء الحمام الحديث وقال السيد المرتضى والقاضي وسلار
وابن ادريس يطهر لوجود الكرية الرافعة للنجاسة وهو ممنوع وتردد في المبسوط   دام ظله اوجب بعض
هولاء نزح الجميع فيما لم يرد فيه نص وبعضهم اربعين   القولان للشيخ في المبسوط واختار ابن ادريس
وابن زهرة الاول لانه نجس ولم يرد الشرع لمطهره واختار ابن حمزة الثاني لاشتهاده ولم يقف فيه على رواية

٣

دام ظله ولو اتخذ آلة تسع العدد فالاقرب الاكتفاء   وجه القرب استحالة ورود النزح على
الدلاء فالمراد الماء والدلاء مقدار فيكون القدر مرادا وتقييده بالعدد لانضباطه وظهوره بخلاف غيره ويحتمل عدم
الصورة الامر   دام ظله ولو زال التغير بغير النزح والاتصال فالاقرب نزح الجميع وان زال بعضه لو كان
على اشكال   وجه القرب الحكم بنجاسته وتعذر ضابط لتطهيره ويحتمل نزح ما يزيل التغير لو كان موجودا لانه
المناط مع التغير حقيقة فمع تقديره اولى والاصح الاول   دام ظله ولو اشتبه المطلق بالمضاف يطهر بكل
واحد منهما طهارة ومع انقلاب احدهما فالوجه الوضوء والتيمم وكذا يصلي في الباقي من الثوبين وعاريا مع احتمال الثاني
خاصة   يحتمل سقوط الوضوء لانه انما كلف بالوضوء بالماء المطلق علما او ظنا وهو منفي هنا لقوله تعالى فلم تجدوا
ماء فتيمموا جعل فقد الماء سببا للتيمم ولا فرق بين فقده وفقد العلم به مع عدم امكانه والا لزم التكليف بالمحال
والثاني موجود والوجه وجوبهما لعدم حصول يقين البراءة الا به وكذا البحث في الثوبين المشتبهين لو تلف احدهما فانه
يحتمل ان يصلي عاريا لوجوب الصلاة في ثوب طاهر علما او ظنا وهو منفي هنا بخلاف ايجاب الصلوة في الثوبين او الوضوء
بالانائين لحصول العبادة بيقين ويحتمل وجوب صلاتين عاريا وفي الثوب لما تقدم في الانائين وله مع احتمال الثاني
خاصة يريد الثاني في المسئلتين وهو التيمم خاصة في المسئلة الاولى وعاريا في المسئلة الثانية ان تصلي عاريا خاصة فيصلي
في المسئلتين صلوة واحدة   دام ظله ولو اشتبه بالمغصوب وجب اجتنابهما فان تطهر بهما فالوجه
البطلان   وجه البطلان انه منهي عنه لاستلزامه التصرف في المغصوب بغير الاذن والنهي في العبادات
يقتضي الفساد ولا يمكن القلب لان شرط المكلف به خلوه عن وجوه المفاسد ولاستلزامه الجائز في المغصوب فلا
يجب المجموع فيرجع بالابطال ويحتمل الصحة لانه تطهر بماء مملوك مباح فارتفع حدثه فزال المانع كما لو ازال النجاسة
بالمغصوب ولعدم دلالة النهي عن الفساد عند البعض والاول اقوى لانه عبادة محضة بخلاف ازالة النجاسة
دام ظله وهل يقوم ظن النجاسة مقام العلم فيه نظر اقربه ذلك ان استند الى سبب   قال الوالد صلع
يقوم لان الشرعيات كلها ظنية ولان العمل بالمرجوح مع قيام الراجح باطل اجماعا وقال ابن ادريس لا يقوم لان الاصل

وقال المصنف يقوم ان استند الى سبب والا فلا لرجحانه على الاصل بسببه كرجحان الشهادة وضعف مع عدم
كالقاء شهادة الواحدة الموجب للظن بالنجاسة والاصح عندي اختيار المصنف
العدلين فان عارضهما مثلها فالوجه الحاقه بالمشتبه دام ظله وتجب تنزيل
الاولى فيما اذا كان التعارض اما في اناء واحد او اثنين فهنا مسئلتان
التعارض اما في اناء واحد ويحتمل اربعة وجوه العمل ببينة الطهارة لاعتضادها بالاصل
وهو قول بعض الاصحاب الطهارة للتعارض الموجب للتساقط والرجوع الى الاصل فعلى الثاني اذا شهدت
بينة اخرى بالنجاسة لو شهدت وحدها معارضة لبينة الطهارة رجحت بينة الطهارة باحد وجوه ترجيح السند
عليها عمل بالنجاسة هنا لسقوط بينة الطهارة بالاولى وعلى الاول العمل بالطهارة واعلم انه فرق بين تعادل البينتين
وتعادل الامارتين عند المجتهد فان التساقط في الاول ابطال والثاني وقف النجاسة لانها ناقلة عن حكم الاصل
وتلك مقررة والناقل اولى من المقرر عند التعارض ولموافقتها الاحتياط ولترجيح الشارع الاحتراز عن النجاسة على تحصيل
الطهارة ولهذا يزيل النجاسة بالماء ويتيمم مع القصود ولانها في معنى الاثبات والطهارة في معنى النفي وهذان الاخيران
للشيخ واختاره ابن ادريس الثالث الحاقه بالمشتبه لصدق احدهما لا بعينها المسئلة الثانية
ان يكون التعارض في اثنين فهنا يحتمل الطهارة للتعارض والتساقط فيرجع الى الاصل والاقوى الحاقه هنا بالمشتبه
دام ظله ولو اشتبه استناد موت الصيد في القليل الى الجرح او الماء احتمل العمل بالاصلين والحكم بالمرجح
لاصل الطهارة حكمان الحكم بها حل الصيد ولاصالة الموت حكمان لحوق احكام الميتة للصيد
نجاسة الماء فيعمل بكل منهما في نفسه لاصالته فيه دون الاخر لفرعيته فيه ولعدم العلم بحصول سبب كل منهما والاصل
عدمه ولا تضاد لعدم تضاد سببهما لان سبب الحكم بالطهارة هو عدم العلم بموت الصيد حتف انفه وسبب
تحريم الصيد عدم العلم بذكاته وهما لا يتضادان لصدقهما هنا لانه التقدير وكلما لم يتضاد الاسباب لم يتضاد
المسببات والاقوى الحكم بنجاسة الماء لامتناع الخلو عن الملزومين اعني موت الصيد بالجراح ولا بالجراح المستلزم من
لحل الصيد فانه لازم للاول ونجاسة الماء فانه لازم للثاني وامتناع الخلو عن الملزومين مستلزم لامتناع الجمع

بين نقيض اللازمين وتحريم الصيد ثابت بالاجماع فيثبت الحكم بالنجاسة . دام ظله ولا يطهر العجين بالنجس بخبزه
بل باستحالته رمادا وروي بيعه على مستحل الميتة او دفنه رواية البيع هي رواية محمد بن علي بن محبوب
في الصحيح عن محمد بن الحسين عن ابن ابي عمير عن اصحابنا قال والذي في المختلف وما احسبه الا حفص بن البختري
قال قيل لابي عبد الله عليه السلم في العجين يعجن من الماء النجس كيف يصنع به قال يباع ممن يستحل الميتة وروى
محمد بن ابي عمير في الصحيح عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلم قال يدفن ولا يباع وقال الشيخ في الاستبصار
يطهر بالنار لما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن ابي عمير عمن رواه عن ابي عبد الله عليه السلم في عجين عجن وخبز ثم علم ان قد
كانت فيه ميتة قال لا بأس اكلت النار ما فيه فيقول نفي الناس اما لطهارة الماء بان لا يكون الميتة فيه نجسة
او بسبب مامسه النار فعلى الاول لا يبقى لذكر كل النار فائدة فتعين الثاني والجواب انا نختار الاول وذكر النار لرفع
كراهة النفس المقصد الثالث في النجاسات قال دام ظله والاقرب طهارة المسوخ والمجثمة و
الجلالة واختار المصنف طهارة المسوخ والمجثمة للاصل احتج الشيخ على نجاسة المسوخ بانه يحرم بيعها ولا مقتضى
له الا النجاسة فيكون نجسة اما المقدمة الاولى فلما رواه مسمع عن ابي عبد الله عليه السلم ان رسول الله صلعم
نهى عن القردة ان تشترى او تباع واما المقدمة الثانية فلاستقراء الحاصر ولما ثبت نجاسة القردة
ثبت نجاسة غيره من المسوخ لعدم فرق لا فيهما الجواب بمنع المقدمتان والرواية ضعيفة السند و
النهي هنا للكراهة جمعا بين الادلة بنجاستها حرج وذهب المرتضى الى نجاسة غير المؤمن لقوله تعالى
كذلك يجعل الله الرجس على الذين لا يؤمنون لقوله تعالى ان الدين عند الله الاسلام ومن يبتغ غير
الاسلام دينا فلن يقبل منه والايمان يستحيل مغايرته للاسلام فمن ليس بمؤمن ليس بمسلم وليس بجيد لقوله
تعالى قالت الاعراب آمنا قل لم تؤمنوا ولكن قولوا اسلمنا ولقوله عم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا
لا اله الا الله محمد رسول الله والمراد بالايمان هنا الاسلام استعمالا للفظ الخاص في العام دام ظله
والفارة والوزغة والثعلب والارنب وعرق الجنب من الحرام والابل الجلالة حكم الشيخ بنجاسة

الفارة للامر بغسل اثرها على الثوب والامر للوجوب ولا شئ من غير النجس يجب غسل اثره اما المقدمة الاولى
فلما رواه علي بن جعفر في الصحيح عن اخيه موسى عليه السلم قال سالته عن الفارة الرطبة التي وقعت في الماء تمشي
على الثياب ايصلى فيها قال اغسل ما رايت من اثرها وما لم تر فانضحه بالماء واما المقدمة الثانية فقد ثبتت
في الاصول واما الثالثة فظاهر والجواب المنع في المقدمة الثانية والثالثة واجيب ايضا بالمعارضة بما رواه
الحسين بن سعيد عن علي بن نعمان عن سعيد الاعرج قال سالت اباعبدالله عليه السلم عن الفارة تقع في السمن
او الزيت ثم تخرج منه قال لا باس باكله ويحتمل ان يحمل الجامد منها ولا يحمل المايع وفيه نظر لان رواية علي بن
جعفر من الصحاح وهذه ضعيفة السند احتج المطهر بقول ابي الفضل البقباق فلم اترك شيئا الا سالته عنه
اعني اباعبدالله عليه السلم قال لا باس والاصل في الاشياء الطهارة لقوله تعالى خلق لكم ما في الارض
جميعا وانما يتم الانتفاع بالطهارة وانا نحكم بالنجاسة بدليل ولم يثبت ولان الحكم بنجاستها حرج لعسر الاحتراز
عنها وهو منفي بالاية الاولى حمل الامر بالغسل على الاستحباب جمعا بين الادلة ونجس الوزغة لقول ابي عبدالله
عليه السلام في حديث طويل عن الوزغ فانه لا ينتفع بما يقع فيه والنكرة المنفية للعموم احتج المطهر بالاصل وهو
الحق لاستلزامه الحرج المنفي بالاية المقدمتان ظاهرتان ونفي الانتفاع ليس بعام لقبوله التقييد وبالخاص
فيكون مغايرا وحكم الشيخ وابن البراج وابو الصلاح بنجاسة الثعلب والارنب لامرها بغسل يد
احتج المطهر بالاصل وبانه كلما كان سورهما طاهرا كانا طاهرين لكن المقدم حق فالتالي مثله بيان الملازمة
ان نجاسة الماء القليل بملاقاة الحيوان النجس وشرطه قد ثبت في تنجيس القليل وسلمه كلي قال به واما
حقية المقدم فلما رواه الفضل ابو العباس في الصحيح قال سالت اباعبدالله عليه السلم عن فضل الهرة والشاة
والبقر والابل والخيل والبغال والوحش والسباع فلم اترك شيئا الا سالته عنه فقال لا باس حتى انتهيت
الى الكلب فقال رجس نجس الحديث والثعلب والارنب داخلان في السباع والوحش وفي قوله فلم اترك
شيئا الا سالته عنه والجواب عن حجتهم بان امرهما بغسل يده انما ورد في رواية يونس عن بعض اصحابه عن

عن ابي عبدالله عليه السلم قال سالته هل يجوز ان يمس الثعلب والارنب او شيئا من السباع حيا او ميتا قال لا يضره
ولكن يغسل يده وهذه الرواية مرسلة ومحمولة على الاستحباب وحكم الشيخان وابن البراج بنجاسة عرق
الجنب من الحرام للامر بغسله وعرق الابل الجلالة لقول ابي عبدالله عليه السلم لا تاكلوا لحوم الجلالة وان اصابك
من عرقها فاغسله لنا انهما غير نجسين فلا يجب عرقهما والامر هنا للاستحباب دام ظله ولو زاد
الدم عن سعة الدرهم مجتمعا وجبت الازالة والاقرب في المتفرق الازالة ان بلغه لو جمع هذا مذهب
الشيخ في المبسوط للاصل لقول ابي جعفر عليه السلم وان كان اقل من الدرهم فلا يعيد الصلوة وان كان اكثر
من درهم فليعد اذا راه فلم يغسله علق على مطلق الاول والاكثر وقال الشيخ في النهاية لا يجب الازالة الا مع
التفاحش لعدم وجوب ازالة كل واحد فكذا المجتمع كما في الثياب دام ظله وفي تطهير الكلب والخنزير
اذا وقعا في المملحة فصارا ملحا والعذرة اذا امتزجت بالتراب وتقادم عهدها حتى استحالت ترابا نظر
منشأ النظر ان العين وهي الجسمية الخاصة موجودة وانما تغيرت الصفات فيبقى النجاسة
لان النجاسة ذاتية فان النجاسة حكم معلق بذات الكلب اما باعتبار صورته النوعية او باعتبار الاعراض
الخاصة اللاحقة للجواهر المتساوية مع القول بعدم استقاء الباقي وعلى كل التقديرين فقد زالت علية النجاسة
فيزول المعلول واما على القول باستغناء الباقي فالنجاسة باقية لان نجاسة هذا الجسم قد ثبت ولم يرد
نص على الطهارة والاصل البقاء واما على مذهب الاشاعرة وكثير من الامامية فلا اشكال لظاهر فان الشارع
علق النجاسة على الاسم وقد زال والاحكام المعلقة على الاسماء تابعة لها فلا يثبت مع عدمها الا بدليل آخر وان
نجاسة هذا الجسم قد ثبت والاصل البقاء والاسم معرف وامارة ولا يلزم من زوال الامارة زوال الحكم وعلى قول
النظام بعدم اشتراك الاجسام او بعدم بقائها فطهارته ظاهرة والاقوى عندي الطهارة دام ظله
اللبن اذا كان ماؤه نجسا او نجاسته بالطبخ على اشكال منشاؤه من ان المراد من احالة النار للنجس تصيره
رمادا وحقيقة اخرى غير الاولى يجب يصدق اسم الاولى عليه مجازا فعلى الاولى لا يطهر لان الرطوبة لم تزل بالكلية

الا لنفقت وتاثرت وعلى الثاني يطهر ولا يصح عندى البقاء على النجاسة **كلام فى الآنية**

دام ظله وهل يحرم اتخاذها لغير الاستعمال كتزيين المجالس فيه نظر اقربه التحريم وافقه الشيخ
الاستعمال له على التعطيل المناسبة للاتلاف المنهى عنه وللنهى عن الآنية وهو يتناول اتخاذها لعموم
وقال ابن ادريس والمصنف فى المختلف لا يحرم للاصل دام ظله ويكره المفضض وهو الاقوى عندى
وقيل يجب اجتناب موضع الفضة فى المفضض اقوال ثلاثة التحريم وهو قول الشيخ فى الخلاف
ب الكراهة وهو اختيار المصنف ج جواز الاستعمال مع وجوب اجتناب موضع الفضة
وهو اختيار الشيخ فى المبسوط وهو الاصح عندى والا لزم جواز استعمال الذهب والفضة
ولرواية عبد الله بن سنان الصحيحة عن ابى عبد الله عليه السلم قال لا باس ان يشرب الرجل فى القدح المفضض و
اعزل فاك عن موضع الفضة والامر للوجوب احتج الشيخ على الاول برواية الحلبى عن ابى عبد الله عليه السلم
قال لا تاكلوا فى آنية من فضة ولا فى آنية مفضضة والعطف يقتضى التساوى فى الحكم احتج القائلون بالثانى
بان قدح رسول الله المكسور فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة وبرواية زيد عن الصادق عليه السلم انه
كره الشرب فى آنية فضة وفى القدح المفضضة والجواب ان المراد بالكراهة اما التحريم او الكراهة
او كلاهما والثالث محال والا لزم استعمال المشترك فى كلى معنييه بلا قرينة او فى الحقيقة والمجاز
معا والثانى يستلزم كراهة الفضة وهو خلاف الاجماع والاول المطلوب لا يقال لجواز ارادة
القدر المشترك لانا نقول ولا دلالة للعام على الخاص ولانه مجاز فى القدر المشترك اجماعا ولا
يجوز الحمل على المجاز مع اطلاق اللفظ بدون قرينة دام ظله ولو غسله بالماء عوض التراب
لم يطهر على اشكال منشاؤه الاقتصار على النص وعدم حصول الغرض من ازالة الاجزاء اللعابية
ومن انه ابلغ لان الاصل فى المطهر الماء والعدول الى غيره رخصة وهو ممنوع هنا والاول هو الاقوى
عندى قال دام ظله **المقصد الرابع** فى الوضوء ويجب فى النية القصد الى رفع الحدث

او استباحة فعل مشروط بالطهارة والتقرب الى الله تعالى وان توقعه لوجوبه او ندبه او لوجههما
على راى اقول النية شرط فى الوضو باجماع علمائنا وانما اختلفوا فى كيفيتها فقال الشيخ
فى النهاية نية القربة كافية وقال فى المبسوط لا بد ان ينوى رفع الحدث او استباحة فعل من الافعال
التى لا يصح الا بالطهارة مثل الصلاة والطواف واختاره ابن ادريس واوجب السيد المرتضى
نية استباحة الصلاة وقال ابو الصلاح لا بد منها وقيل بالاكتفاء بنية القربة مع الوجوب او الندب
اختاره الشيخ ابو القسم بن سعيد احتج على قوله فى النهاية بقوله تعالى وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين
وهذا يدل على القربة فلو شرط زيادة كان نسخا فان الزيادة على النص فى الفاظ الحصر نسخ لانها ثابت الحكم
المذكور وتنفيه عن غيره فالزيادة تنافى احدهما والا لم تكن زيادة بل تقريرا وعلى كلى التقديرين ترفع
حكما شرعيا بدليل شرعى متاخر فيكون نسخا احتج المرتضى بقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى
الصلوة فاغسلوا والمراد منه اغسلوا لاجل الصلاة لانه المتعارف فى اللغة حيث يقال اذا لقيت
العدو فخذ سلاحك واذا لقيت الامير فخذ اهبتك اى لاجل لقاء العدو ولقاء الامير فلا بد من ارادة
انه الصلاة وهذا هو معنى الاستباحة احتج والدى المصنف على اجزاء احدهما بقوله عليه السلم انما الاعمال
بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى فاذا نوى رفع الحدث مع باقى الصفات من الوجوب او الندب والقربة
اجزاه لانه قد حصل له ما نواه وهو رفع الحدث فزال المانع من دخول الصلاة وتظهر الفايدة فى تبعيض الاخلال
عضو من الاولى او المجدد ونية الوجوب فى وقت الندب او بالعكس ودخول الوقت فى اثناء المندوبة
الى غير ذلك دام ظله وذو الحدث الدايم كالمبطون وصاحب السلس والمستحاضة ينوى
الاستباحة فان اقتصر على رفع الحدث فالاقوى البطلان وجهه انه ما لم يحصل له ويحتمل الصحة لانها
لازمة ونية الملزوم ملزومة لنية اللازم وفيه منع لجواز الغفلة عنه اذ ليس بين والاصل فيه ان
المتكلمين اختلفوا فى ان الارادة الملزوم هل تستلزم ارادة اللازم اولا نعم الاول يصح ان علم الملازمة

وعلى الثاني لا يصح دام ظله لو ضم التبرد صح على اشكال ينشأ من الاخلال بالاخلاص و
حصوله ان لم ينوكما لو نوى الامام بالتكبير الاعلام مع التحريم والاصح انه لا يصح ضم نية التبرد دام ظله
لو عزبت النية في الاثناء صح الوضوء ان اقترنت بغسل الكفين نعم لو نوى التبرد في باقي الاعضاء بعد عزوب
النية فالوجه البطلان دليله انتفاء الشرط وهو استمرار النية حكما المخالفة الاخيرة لها ويحتمل
الصحة لجامعتها الولى ولعدم ابطالها في الابتداء فكذا في الاستدامة ويبطل قضاؤها التركيب في الابتداء
والتمحص هنا والتحقيق ان هذه المسئلة مبنية على ضم التبرد في الابتداء فان قلنا بابطالها ثم فههنا
تبطل قطعا وان قلنا بالصحة احتمل هنا لانها لا ينافي عين النية فلا تنافي حكمها لان البحث فيه وحكمها هنا ثابت
فلا ينافيه فيصح والاصح البطلان دام ظله لو نوى ما يستحب له كقراءة القران فالاقوى الصحة
القائل بالاكتفاء بنية القربة لا شك في الصحة عنده واما على القول باشتراط الاستباحة فوجهه انه قصد ايقاع
الفعل على الوجه الاكمل المتوقف على رفع الحدث وقال الشيخ وابن ادريس لا يصح لا باحته مع الحدث فلا يتضمن
قصدهما رفعه لعدم استلزام العام الخاص والصحيح عندي انه لا يجزي لانه غير مستلزم لرفع الحدث
لانه كلما كان مستلزما للشيء يمتنع الاجتماع مع نقيضه وههنا امكن الاجتماع فلم ينو رفع الحدث ولا ما يستلزمه
هذا اذا لم يجب عليه الوضوء وجب مع عدم اشتراط نية الوجوب اما معها فلا يجزي قطعا والا اجتمع النقيضان
دام ظله لو شك في الحدث بعد يقين الطهارة فتوضأ احتياطا ثم تيقن الحدث فالاقوى الاعادة
ذهب القائل بالاكتفاء بنية القربة الى انه يجزي على تقدير وجوده يحتمل الاول لان الثابت على تقدير
شك فيه بالتشكيك فيه فلا يوجب حينئذ ويحتمل الثاني لانه شرط ما هو مشروط في نفسه ولانه جزم به على تقديره
وهو ثابت فيثبت لقوله عليه السلام انما لكل امرئ ما نوى ولانه لولاه لم يثبت به الاحتياط لانه انتقال من
ظن الى يقين او الى ظن اقوى ووجه القوة انه لم يجزم بوجوبه ويشترط في النية الجزم وهو الاصح عندي
دام ظله لو اغفل لمعة في الاولى فانغسلت في الثانية على قصد الندب فالاقوى البطلان وكذا لو انغسلت في تجديد
الوضوء هذا يبتني على ان المجدد هل يجزي عن الاصل لو بطل وهو يبتني على الاكتفاء بنية القربة

والخلاف

حكما

7

والخلاف تدمضى ووجه القوة ان الغسلة الثانية انما قصد صورتها
ولا تاثير لها في الاستباحة ولهذا لا يصدق على الماء المغسول به انه مستعمل في
الوضوء ووجه الصحة انها جزء من الوضوء لانها وضعت استظهارا على ما لم يغسل
في الاولى والبعد من ذلك غسلها في المجدد فالاقوى عندي اختيار المصنف
دام ظله اما لو نوى غسل الوجه عنده لرفع الحدث وغسل اليمنى عنده لرفع الحدث
وهكذا فالاقرب الصحة وجه القرب انه يصح غسل كل عضو بنية مطلقة وبجملة
بنية مقصودة اولى ولتاثير كل منهما ويحتمل البطلان لان الوضوء عبادة واحدة
فلا يجوز تفريق النية على اجزائها كالصلاة والصوم ولان كل واحد غير المجموع والانضمام
لم ينوه ويقوى الاول قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا
وجوهكم وايديكم الاية فامر الله تعالى بكل واحد واحد وتبعه وجوب
المجموع بالالتزام والاقوى عندي انه لا يصح لفعله عليه السلام وقوله هذا وضوء لا يقبل الله
الصلاة الا به دام ظله ولو دخل الوقت في اثناء المندوبة فالاقوى الاحتمال الاستيناف
وجه القوة انتفاء شرط وهو نية الوجوب لدخول الوقت وهو غير متطهر ولان الطهارة
الواحدة لا يقع بنيتين لعدم وروده في الشرع ويحتمل الاتمام لانعقاد الاولى
ويحتمل نية الوجوب في الثاني لانه الواقع في الوقت فيكون واجبا ولا يجوز ايقاع الواجب
بنية الندب والاقوى عندي الاستيناف دام ظله فان زال
السبب ففي الاعادة من غير حدث اشكال ينشأ من ان علة
اجزائه الضرورة وقد زالت ومن ارتفاع الحدث المانع من الصلاة وهنا
دقيقة وهي ان مبنى هذه المسئلة على ترجيح احدى قاعدتين هما ان كل

رخصة جازت لضرورة تقتصرها على محل الضرورة وان كل طهارة رافعة للحدث
لا ينقضها الا حدث اما الاولى فمجمع عليها واما الثانية فكلى قال ان التيمم لا
يرفع الحدث قال بصدقها كلية وكلى قال ان التيمم يرفع الحدث قيدها بقوله كل طهارة
مائية رافعة للحدث اذا عرفت هذا وان لم ترفع هذه الطهارة الحدث فلا كلام
في وجوب اعادتها وان قلنا ترفع الحدث توجه الاشكال والاقوى عندي الاستيناف
على كل حال لان صورة الفعل مقصودة لان القصد ليس رفع الحدث وحكم خاص من نفس
الفعل والضرورة اسقطته دام ظله ونذر الوضوء موالياً لو اخل بها فالاقرب
الصحة والكفارة المراد انه نذر الوضوء المبيح للصلاة في وقت معين ثم فعله بنيته
وشرايطه واخل بالموالاة احتمل صحة الوضوء لان المندوب يشترط فيه ما يشترط في الواجب و
الموالاة ليست بشرط في صحة الواجب بل واجبة فيه فيصح الوضوء ويحتمل عدم الصحة
لان الصفة المشترطة في النذر لم تحصل فليبطل لان فايت الشرط ذلك ولان
لم يات بالمندوب وقد نواه فيبطل فان قلنا بالبطلان والوقت
باق اعاد ولا كفارة وان قلنا بالصحة وجبت الكفارة وان خرج الوقت وجبت
الكفارة سواء قلنا بالصحة او البطلان دام ظله والاقرب التحريم في الثالث
به قال الشيخ وابن بابويه وابن ادريس وابو الصلاح واكثر علمائنا لانها ليست من
الوضوء والا لا يستحب فيمنع من الموالات الواجبة ولقول الصادق عليه السلم والثالثة
بدعة الحديث وجوزها ابن الجنيد والمفيد وابن ابي عقيل لقول ابي عبد الله عليه
السلم الوضوء مثنى مثنى ومن زاد لم يوجر عليه والاصل والاقوى عندي التحريم
دام ظله ومس كتابة القران اذ يحرم عليه مسها على الاقوى وافقه الشيخ في

البطلان

الخلاف

في الخلاف وابو الصلاح لقوله تعالى لا يمسه الا المطهرون ولما رواه
ابو بصير قال سالت ابا عبد الله عليه السلم عمن قرا في المصحف وهو على غير وضوء
قال لا باس ولا يمس الكتابة والنهي للتحريم وقال ابن ادريس وابن البراج يكره
للاصل والاقوى عندي التحريم دام ظله وذو الجبيرة ينزعها مع
المكنة او تكرر الماء حتى يصل البشرة الى قوله وفي الاستيناف مع الزوال اشكال
[illegible]
البحث كان المسح على الحايل وافتى الشيخ في المبسوط بالاستيناف
دام ظله والا فلا التفات في الوضوء والمرتمس والمعتاد على اشكال
لا اشكال في الوضوء لان النص عليه والاجماع فيبقى الاشكال في الغسل مسئلتين
احديهما في المرتمس والثانية في معتاد الموالاة وعدم الناظر فيحتمل الحاقهما بالوضوء لوجوه أ
ما رواه الشيخ في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلم انه قال لزراره اذا خرجت من شي
دخلت في غيره فشككت فيه ليس بشي وهذا يعم الصورتين المذكورتين ولرواية زراره
ايضا في رجل ترك بعض ذراعه او بعض جسده في غسل الجنابة فقال اذا شك وقد دخل
في صلوته فليمض في صلوته وليس عليه شي وان استيقن رجع واعاد عليه الماء فان راه
وبه بلة مسح عليه والا اعاد الصلاة باستيقان ب ان الارتماس في الماء مع عدم
الحائل سبب لوصول الماء الى ساير الاجزاء والاصل في السبب ان يودي الى مسببه فتخلف
بعض الاعضاء على خلاف الاصل فلا يلتفت اليه لرجحان نقيضه وهو وصول الماء
الى جميع الاجزاء والاعضاء مع الارتماس وعدم الحايل وتخلف بعضها نادر ولهذا اجرا
من غير اعتبار والشارع انما حكم بالاغلب ج الظاهر وصول الماء والاصل عدمه ومع

تعارض الظاهر والاصل قيل ترجح الظاهر وقيل الاصل ولهذا استشكل المصنف في
العادة قد تفيد العلم وقد تفيد الظن بل قد يكون العلم الحاصل منها اضر ود بالخروقها على
خلاف الاصل ويحتمل عدم الالحاق لان الحدث متيقن والرافع مشكوك فيه والاصل عدمه
فيحكم ببقاء الحدث والاقوى انه لا يلتفت ويبنى على الصحة في المعتاد والمرتهن **تفريع**
التيمم كالوضوء في اشتراط الموالاة فيه والاصل في فعل العاقل المكلف الذي يقصد براءة ذمته
بفعل صحيح وهو يعلم الكيفية والكمية الصحة

دام ظله ولو جدد ندبا ثم ذكر اخلال
عضو من احدهما اعاد الطهارة والصلاة وان تعددت على راى كل قال الاكتفاء
بنية القربة صحح الصلاة الواقعة عقيب الطهارتين وان تعددت دون المتخللة بينهما ومن
قال بعدم الاكتفاء بها وشرط الاستباحة او رفع الحدث اوجب الاعادة مطلقا
ومن اكتفى بالوجوب او الندب كابي القاسم بن سعيد اوجب الاعادة ان كانت احدى
احدى الطهارتين واجبتين وان كانا مندوبتين كمن توضا ندبا لاستباحة الصلاة
قبل الوقت ولا قضاء عليه ثم جدد ندبا لم تعد والوضوء المجدد هو الوضوء الثاني بعد اداء فريضة
للصلاة

دام ظله والاقرب جواز اطلاق النية فيهما والتعيين فيات في
الخلاف مع ابي الصلاح حيث اوجب فيمن فاتته صلاة لا يعلمها
بعينها اعادة الخمس وهو قول ابن زهرة فانه على قولهما لا يجوز له اطلاق النية
بل يجب عليه التعيين فليزم على قولهما انه لا يكتفي بالرباعيتين و
سياتي تمام البحث فيه والاستدلال في باب القضاء

المقصد الخامس في غسل الجنابة

فى

قال دام ظله وغيبوبة الحشفة في فرج آدمي الى قوله مفعولا على راى **اقول** اوجب المصنف
والمرتضى وابن الجنيد وابن حمزة وابن ادريس والشيخ في المبسوط بالوطي في دبر المراة والغلام من غير انزال
الغسل على الفاعل والمفعول لقوله تعالى او لامستم النساء دل بعمومه على وجوب الغسل بوطي المراة في الدبر
من غير انزال والاجماع المركب فان كل من اوجب الغسل بوطي المراة في الدبر من غير انزال اوجب الغسل بوطي الغلام من غير
انزال ومن نفى الوجوب على احدهما نفى الوجوب عن الآخر ولرواية زرارة الصحيحة عن الباقر عليه السلم في قصة اختلاف
الصحابة في الجماع في القبل من غير انزال وان كان علي عليه السلم على الانصار حيث لم يوجبوا الغسل فيه بقوله
اتوجبون عليه الرجم والجلد ولا توجبون عليه صاعا من ماء ولم يوجبه الشيخ في الاستبصار والنهاية
وسلار لرواية الحلبي الصحيحة قال سئل ابو عبد الله عليه السلم عن الرجل يصيب المراة فيما دون الفرج
اعليها غسل ان هو انزل ولم تنزل هي قال ليس عليها غسل وان لم ينزل هو فليس عليه غسل والجواب انه غير دال
على صورة النزاع فان الدبر يسمى فرجا لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون ولانه ماخوذ من الفراج

قال دام ظله ولكل منهما الايتمام بالآخر على اشكال **اقول** منشاؤه استقلالها بالشرع اعتبارا
وتسويغ الاجتماع في المسجد وليتيقن كل منهما الطهارة وشكه في الحدث ومن تيقن حصولها في احدهما فبطلت صلاة
المأموم ولانه تحصيل تكليف واحد لا بعينه لانه ان توجه العقاب عليهما فغير واجب عليهما وان توجه الى واحد بعينه
لزم الترجيح من غير مرجح وغير المعين يستحيل توجه العقاب عليه ولم يوجب الغسل عليهما للنص على عدم وجوبه
عليهما ولا على واحد منهما بعينه لتساوي العلامة او السبب بالنسبة اليهما ولا ترجيح لاحدهما فاسقط الشارع اعتبار
كل حكم لهذه الجنابة يستلزم احد المحالات المذكورة بخلاف الغسل المتوقف على مجامعة صحة الآخر فان حرمة
حكم الجنابة بذلك لا يستلزم شيئا من المحالات المذكورة ومن لوازم لكل واحد من اجزاء ماهية الحلو كبطلان
صلاة المأموم وعدم انعقاد الجمعة لهما معا فالضابط انه لو يتوقف صحة صلاة احدهما على صحة الآخر
ولو توقف المعية صحت الصلوتان وان توقفت احديهما خاصة بطلت المتوقفة خاصة كالصلاة المأموم
وان توقفت كل واحدة منهما على مصاحبة الاخرى بطلتا كالجمعة فيبطل كل صلاة متوقفة على صحة الصلاة
كالجمعة اذا تم بهما العدد

قال دام ظله وفي وجوب الغسل لنفسه او لغيره خلاف **اقول**
ذهب المصنف الى وجوب الغسل لنفسه وهو اختيار ابن حمزة لوجوه آ قوله عليه السلم انما الماء من
الماء ومن للسببية هنا فجعل سبب وجوب الغسل وجود الماء من غير تعليق على عبادة لا يقال

هذا الحديث يكفي في صدر الاسلام ولنا لا نقول انما نسخ الحصر واما سببية الماء للغسل
فلم ينسخ باجماع المسلمين ب روى الشيخ في الصحيح عن محمد بن اسماعيل قال سألت الرضا عليه السلام
عن الرجل يجامع المرأة في الفرج فلا ينزلان متى يجب الغسل فقال اذا التقى الختانان فقد وجب الغسل عقب
بالفاء وهي للتعقيب بلا فصل فلا يحسن على شيء اخر ج قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا علق على
كونه جنبا وعقيبه الامر بالفاء وهي يقتضي التعقيب بلا فصل والامر للوجوب فلا يتأخر عن الجنابة د قال
رسول الله صلى الله عليه وآله اذا جلس بين شعبها الاربع ثم جهدها فقد وجب الغسل
وان لم ينزل وهو من الصحاح والفاء للتعقيب بلا فصل وفيه ايماء الى السببية وقال ابن ادريس يجب لغيره لعطف
جملة وان كنتم جنبا فاطهروا على جملة اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا فيشاركان في الشرط لان الشرط
المصدر بالجمل يرجع الى الجميع ولان المعطوف والمعطوف عليه يتشاركان في الحكم وبما رواه الشيخ في الصحيح
عن عبد الله بن يحيى الكاهلي قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن المرأة يجامعها الرجل فتحيض وهي في
المغتسل فتغتسل ام لا تغتسل قال لا قد جاءها ما يفسد الصلاة فلا تغتسل نفى وجوب الغسل لنفي صحة
الصلاة والجواب لا نسلم ان عطف الجمل بعضها على بعض يقتضي المساواة في الحكم ويمنع عود الشرط
الى الجميع والوجوب للغير لا ينافي الوجوب لنفسه لان الوجوب للغير بعد اشتراطه في ذلك الغير
والاسباب الشرعية علامات ولا يستحيل تعددها وقوله فلا تغتسل نفي للغسل لانتفاء غايته
وهو رفع الحدث او الاباحة فالحيض مانع الحكم ولهذا اذا زال بقي غسل الجنابة والفائدة تظهر
في الغسل قبل وقت الصلاة وانتفاء القضاء فعلى الاول ينوي الوجوب وعلى الثاني ينوي الندب
قال دام ظله فان تجدد احدهما في الاثناء اعاد فيهما على الاقوى اقول هذا مذهب
الشيخ وابن بابويه لابطاله حكم الجميع فالابعاض اولى ولانه قد ابطل تأثير ذلك البعض في الاباحة وكلما
ابطل تأثيره في الاباحة ابطل تأثيره في رفع الحدث لان رفع الحدث ملزوم للاباحة وللزوم حينئذ
اما الباقي من الغسل وهو محال لانه جزء المؤثر التام وجزء السبب التام لا يكون سببا تاما واما المجموع
والسبب المركب في الحكم مستلزم لسببية كل واحد من اجزائه في المسبب سببا ناقصا وقد ثبت
في علم الكلام ذلك فاذا لم يكن الجزء سببا ناقصا لم يكن الكل سببا تاما وقال ابن البراج
وابن ادريس يتم ولا شيء عليه لدخول الحدث الاصغر تحت الاكبر وهو باق وقال السيد يتم ويتوضأ

المساواة

لو وقع

لو وقع بعد الاكمال والجواب بالفرق فانه بعد الاكمال قد ارتفعت الجنابة ووجد ما يوجب الوضوء والاقوى
عندي الذي قواه المصنف قال دام ظله وفي الملفوف نظر اقول نظرا من عموم قول
النبي صلى الله عليه وآله اذا جلس بين شعبها الاربع ثم جهدها فقد وجب الغسل وان لم ينزل وهذا بعمومه
يتناول صورة النزاع وعموم قوله عليه السلام اذا التقى الختانان وجب الغسل وهو الحيان ومن
انه قد ورد قوله عليه السلام اذا قعد بين شعبها الاربع والصق الختان بالختان فقد وجب الغسل
ولم يحصل الصاق الختان ولانه ليس محلا للاستمتاع والاصح الاول والوارد في الصحيح عن علي عليه السلام
انه قال اذا التقى الختانان فقد وجب الغسل والتقاء الختانين يراد به المحاذاة ولهذا يقال التقى الفارسان
اي تحاذيا وليس المراد الالتصاق الحقيقي بل التحاذي ايضا قال دام ظله ولو خرج المني من ثقبه
في الصلب فالاقرب اعتبار الاعتياد وعدمه اقول وجه القرب ان الفاظ الشارع انما تحمل على المعهود
والمعتاد ويحتمل وجوب الغسل مطلقا لقوله عليه السلام انما الماء من الماء وقوله تعالى من ماء دافق
يخرج من بين الصلب والترائب خروجه من الصلب فاذا خرج من ثقبه من الصلب لم يتغير اسمه
ولا محله ولا يتغير حكمه ويحتمل عدم وجوب الغسل مطلقا حملا على الغالب ويقوى في نفسي
الثاني قال دام ظله ولو وجد المرتمس لمعة الى اجزأه اقول اقوى الاحتمالات في هذه
المسألة الاجتزاء بغسلها خاصة لان اقوى الوجهين في المرتمس سقوط الترتيب ثم يتلوه في القوة الاجتزاء
بغسلها وغسل ما بعدها للمساواة الارتماس للترتيب ولو وجد المرتب لمعة فكذلك وكذا
المرتب والمراد بقوله ما بعدها العضو التالي للعضو الذي وجدت اللمعة فيه ويحتمل الاعادة
لعدم صدق الوحدة على الغسلة فلا يقع مجزيا وهذا اضعف الاحتمالات

المقصد السادس في الحيض

قال دام ظله ويجامع الحمل على الاقوى اقول هذا مذهب المرتضى وابن بابويه
لرواية عبد الرحمن بن الحجاج الصحيحة عن ابي ابرهيم عليه السلام عن الحبلى ترى الدم ثلثة ايام او اربعة
ايام اتصلي قال تمسك عن الصلاة وقال المفيد وابن الجنيد لا يجامع الحمل لقوله عليه السلام ما كان الله ليجعل حيضا
مع حبل ولانه يصح طلاقها مع رؤية الدم ولا يصح طلاق الحائض اجماعا فلا يكون حيضا ولما روي
عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن
بحيضة جعل الحيض علامة فراغ الرحم فدل على انه لا يتصور مع الحمل والجواب عن الاول

بالمنع من صحة السند وعن الثاني بالمنع من كلية الكبرى واستنادها بالغائب فانه يقع
منه طلاق الحائض وعن الثالث ان العلامة يكفي فيها الغالب وقال الشيخ في النهاية ان ما تراه في زمن عادتها
فهو حيض وان تاخر عنها بمقدار عشرين يوما فليس بحيض وقال في الخلاف انما تحيض ما لم يستبن حملها
فاذا استبان فلا حيض واحتج على قوله في النهاية بما رواه في الصحيح عن الحسين بن نعيم الصحاف قال
قلت لابي عبد الله عليه السلم ان امرأة لي ترى الدم وهي حامل كيف تصنع بالصلاة قال فقال
اذا رأت الحامل الدم بعدما يمضي عشرون يوما من الوقت الذي كانت ترى الدم فيه من
الشهر الذي كانت تقعد فيه فان ذلك ليس من الرحم ولا من الطمث فلتتوضأ وتحتشي وتصلي الخبر
واحتج على قوله في الخلاف بالاجماع على انها المستبين حملها لا تحيض وانما الخلاف وقع في
غير المستبين والجواب المنع من الاجماع قال دام ظله ولو اجتمع العادة والتمييز فالاقوى
العادة اختلفا زمانا اقول هذا مذهب المرتضى والمفيد وابن الجنيد والشيخ في الجمل
لقوة العادة ولقوله عليه السلم دعي الصلاة ايام اقرائك وايام العادة هي ايام اقرائها ولان
العادة قد تفيد العلم كالعلوم العادية او تفيد الظن الغالب وقال في النهاية ترجع الى التمييز
لانه اصل العادة ولانه اتصال قوي جامع لشرائط الحيض بضعيف يتجاوزان مجموعهما الاكثر وكلما
كان جامعا لشرائط الحيض فهو حيض (والاقوى عندي الاول) قال دام ظله ولو ذكرت المضطربة العدد
دون الوقت تخيرت في تخصيصه وان منع الزوج التعيين وقيل تعمل في الجميع عمل المستحاضة وتغتسل
لانقطاع الحيض في كل وقت يحتمله وتقضي صوم العدد اقول الاول اختيار المصنف كما سبق
حيث اطلق الشارع لها الجلوس ومقتضاه التخيير وعلم العدد لا تاثير له في التخصيص فيبقى
على التخيير والثاني اختيار الشيخ ومستنده الاحتياط قال دام ظله والاحوط رد
الناسية الى آخره اقول الاحوط هو الذي تحصل براءة الذمة به بيقين وانما تحصل هنا بالتزام
احكام ثلثة آ احكام الحائض فيما يحرم على الحائض وهو تحريم وطي الزوج وقراءة العزائم
ودخول المساجد ومس كتابة القرآن واسم الله تعالى وانبيائه والائمة عليهم السلم وفيما يجب
عليها من قضاء الصوم كما يجي وتكرار الطلاق لقضاء صوم يوم يمتنع فيه ما يمكن ان يقع
فيه حيض وان لم يعلم بعينه ب التزام احكام المستحاضة وصوم جميع رمضان ج حكم

منقطعة

منقطعة الحيض فيجب غسل الحيض عند كل صلوة قال دام ظله وقضاء احد
عشر على راي اقول وجهه جواز الابتداء من نصف الاول والانقطاع في نصف
الحادي عشر وهو قول الشيخ ابي علي بن الشيخ ابي جعفر الطوسي رحمهما الله وقال الشيخ
تقضي عشرة لانها اكثر الحيض قال دام ظله وقضاء يومين اول وحادي عشر قضاء
عن يوم وعلى ما اخترناه بنصف ليميا الثاني وثاني عشر وتجزيها عن الثاني والحادي عشر يوم واحد
بعد الثاني وقبل الحادي عشر اقول ذكر ههنا انه اذا استمر الدم ولم يرتفع واراد
قضاء صوم يوم مثلا ففيه اقوال ثلاثة الاول للشيخ بناء على مذهبه والثاني لابنه ابي علي لانه يبري
الذمة بيقين والثالث قول المصنف وهو الاصح لانه اقل ما يحصل فيه يوم واحد يكون كله طهرا والضابط
انها تاتي بعاتب الصوم مرة مع زيادة يوم في اقل الطهر متفرقا ومرة كذلك لا زيادة لكل يوم من ثاني
عشر مثله في الاول الى عاشر ثانية او مرة ولاء ثم اخرى من ثاني عشر الاول وك نصوم يومين بينهما والاول
في ربعة فما دون والثاني في تسعة فما دون قال دام ظله وفي وجوب الكفارة قولان اقول
اوجبها السيد المرتضى والشيخ في الجمل والمبسوط والمفيد وابنا بابويه وابن ادريس لرواية ابي عبد الله
عليه السلم من اتى حائضا فعليه نصف دينار ولم يصح سنده وقال الشيخ في النهاية يستحب
وهو الاقوى عندي للاصل ولرواية العيص بن القسم الصحيحة عن ابي عبد الله عليه السلم قال سالته
عن رجل واقع امرأته وهي طامث قال لا يلتمس فعل ذلك قد نهى الله ان يقربها قلت فان فعل عليه كفارة
قال لا اعلم فيه شيئا يستغفر الله فلا يكون فيه كفارة والا لعلمه لاستحالة خفاء شيء من الشرع
على الامام لانه حافظ له **المقصد التاسع في غسل الاموات** قال دام ظله وفي
وجوب الاستقبال الى القبلة حالة الاحتضار قولان اقول قال المفيد والشيخ في موضع
من النهاية وابن البراج وسلار وابن ادريس بالوجوب لقول ابي عبد الله عليه السلام يستقبل بوجهه
القبلة ويجعل قدميه مما يلي القبلة وصيغة افعل للوجوب وقال الشيخ في المبسوط والخلاف
وموضع من النهاية والمفيد في الرسالة الغرية يستحب للاصل والاقوى عندي الاول قال دام ظله
وفي التحنيط اشكال اقول له ينشأ من قولهم حكمه حكم الميت وفوات محل التحنيط
قال دام ظله وفي اعادة الغسل لو وجد المسلم بعده اشكال اقول ينشأ من زوال

الضرورة المسوّغة ووجوب الطهارة ولم يحصل مع إمكانها وبيانه أنّ المأمور به فخرج
عن العهدة لاقتضاء الأمر الإجزاء والأقوى عندي وجوب إعادة الغسل قال دام ظله و
يؤمر من وجب قتله بالاغتسال قبله ثلاثاً على إشكال أقول ه من حيث أنّه غسل الأموات ومن
أنه حي وعدم اقتضاء الأمر المطلق التكرار والأصح عندي الأول لأنه تقديم لغسل الأموات
على الموت وهو هو بعينه قال دام ظله وروي أنهم يغسلون محاسنها يديها ووجهها
أقول هذه الرواية هي رواية المفضل بن عمر قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام جعلت
فداك ما تقول في المرأة تكون في السفر مع رجال ليس لها فيهم محرم ولا معهم امرأة فتموت المرأة ما يصنع
بها قال يغسل منها ما أوجب الله عليه التيمم ولا يكشف لها شيء من محاسنها التي أمر الله
بستره فقلت كيف يصنع بها قال يغسل بطن كفيها ثم يغسل وجهها ثم يغسل ظهر كفيها
قال دام ظله ولو خيف تناثر جلد المحترق والمجدور لو غسله يممه مرة على إشكال
وكذا لو خشي الغاسل على نفسه من الاستعمال للماء أو فقد الغاسل أقول منشؤه من أن
الغسل واحد للاكتفاء بنية واحدة ولتقدمها على الثانية والثالثة وللتصحيح مع عروضها قبلهما
ومن أنه بدل الغسل وهو واجب ثلاثاً والتيمم أضعف فالأولى عدم الإجزاء بالواحد وإنما يكون
أقوى قولاً أو فقد الغاسل وذلك كما لو لم يوجد إلا مخص مسلم وكان عاجزاً للتغسيل لعلة
لا التيمم قال دام ظله والأقرب سقوط الترتيب مع غمسه في الكثير أقول وجه القرب
أنه كغسل الجنابة ووجوده الغسلة مجزية في الجنابة ويحتمل عدمه لعدم النص عليه والأقوى
عندي الإجزاء مع وضع السدر والكافور قال دام ظله ه وأقل الواجب للرجل والمرأة ثلاثة
أثواب مئزر وقميص وإزار على رأي أقول هذا مذهب أكثر أصحابنا لقول أبي جعفر
عليه السلام إنما الكفن المفروض ثلاثة أثواب وقال سلار أقله واحد للأصل قال
دام ظله والأقرب الاكتفاء به في الصلاة إذا لم ينو ما يتضمن رفع الحدث أقول وجه القرب
أنه مشروع بدونه فلا يستلزم نيته رفع الحدث ويحتمل الاكتفاء لأن الفضيلة التامة مشروطة
على رفع الحدث وقد نواها والأصح عندي الأول قال دام ظله لو دفن قبل الصلاة عليه
صلى عليه يوماً وليلة على رأي أقول هذا مذهب ابن إدريس وابن البراج وابن حمزة والأقوى

عنده

عندي وقال سلار ثلاثة أيام وقال ابن الجنيد ما لم يعلم تغيّره وقال والدي في منتهى
المطلب اتفق علماؤنا على رواية في التقدير قال دام ظله والظاهر أن النجاسة هنا حكمية أقول
قيل إنها عينية لانفعال الغير بها مع علم وصول نجاسة خارجة إليها وقيل إنها حكمية لاحتياجها إلى
النية والعينية لا تحتاج إلى النية ولأنها لو كانت عينية لم يطهر ولقوله عليه السلام لا تنجسوا موتاكم
فإن كان المراد في الاعتقاد فالمطلوب أن كان اتصال النجاسة فيكون طاهراً عيناً لأنه لو كان نجساً
لم يتحقق التنجيس لأنه وهو محال وإلى هذا مال السيد المرتضى واحتجا استحباب غسل من مس الأموات
والحق أن النجاسة الحكمية يطلق على ثلاثة معان آ طاهر العين إذا وجب عليه الغسل كالجنب
ب النجس لعرض لا بذاته بل باتصال النجاسة به إذا لم يكن محسوسة كالبول اليابس على الثوب ج ما
تقبل التطهير والعينية على ما يقابل ذلك والميت نجس بهذا المعنى **المقصد العاشر** في التيمم مقدمة
التيمم طهارة ترابية فخرج ما ندب للحائض والجنب لأنه تيمم مجازاً من الاستعمال **قاعدتان** آ لا يرفع
الحدث لأن صحابياً أجنب فتيمم وأمّ فقال له النبي صلى الله عليه وآله وسلم أصليت بأصحابك وأنت
جنب فأثبت له حدث الجنابة وأقره على صحة صلوته ب لا يبيح للجنب الدخول في المسجدين ولا الاستقرار
في باقي المساجد لقوله تعالى ولا جنباً إلا عابري سبيل حتى تغتسلوا فجعل نهاية التحريم الغسل فلو أباح
التيمم لكانت للنهاية أحد الأمرين وجعل الأخص من النهاية نهاية محال فلا يبيح من كتابة القرآن
لعدم فرق الأمة بينهما هنا قال دام ظله وغسل النجاسة العينية عن البدن والثوب أولى من
الوضوء مع القصور عنهما وإن خالف ففي الإجزاء نظر أقول بناء على أنه منهي عن الوضوء
لأنه مأمور بغسل النجاسة والأمر بالشيء يستلزم النهي عن ضده والنهي يدل على الفساد في العبادات
ولأن إزالة المانع أولى من تحصيل أحد الشرطين اللذين على البدل بعينه ومن أنه تطهر بماء مملوك مباح
طاهر فصح الأقوى قال دام ظله ولو لم يجد ماء ولا تراباً طاهراً فالأقوى سقوط الأداء لعدم
شرط الصحة إذ الطهارة شرط في صحة الصلاة مطلقاً لقوله عليه السلام هذا وضوء لا يقبل الصلاة
إلا به وإذا ورد لفظ لا عقيب النفي أفاد الحصر والتيمم بدل وغسل الجنابة فأقام مقامه لأنه
وامتناع التكليف بالعبادة الفاسدة ولأنه كلما وجب المشروط وجب الشرط بيانه كلما لم يجب
الشرط لم يجب المشروط وإلا لزم التكليف بالمحال وخروج الشرط عن كونه شرطاً مطلقاً و

القول اما سقوط الصلوة اداء وقضاء

وأما سقوط القضاء فلأنها تسقط عن الحائض لأجل امتناع الطهارة فههنا أولى إذ الامتناع هنا
عقلي وثم شرعي ولأن القضاء تابع لسبب الوجوب أي تمام تحقيقه أو بدونه لمانع الحكم لا السبب
والمتحقق هنا مانع السبب إذ استلزام السبب للتكليف إنما ينفى حكمه وقال المرتضى والشيخان
يسقط أداء لمانع لا قضاء لقوله عليه السلام من فاتته صلوة فريضة فليقضها كما فاتته ولأن الطهارة
ليست شرطاً في الوجوب لقوله تعالى أقم الصلوة لدلوك الشمس جعل سبب التكليف الدلوك
وإذا لم يكن شرطاً في الوجوب لم يؤثر عدمها في سببية السبب فيكون السبب موجوداً وهذا مانع الحكم
والقضاء تابع السبب الوجوب والجواب ان امكان الطهارة شرط السبب ولم يتحقق فيسقط أداءً وقضاءً
وهو الأصح عندي لقوله عليه السلام لا صلوة إلا بطهور **قال** دام ظله وفي السعة خلاف أقربه
الجواز مع العلم باستمرار العجز وعدمه مع عدمه **أقول** هذا اختيار ابن الجنيد ووجهه أما مع
عدم العلم باستمرار العجز فلقوله تعالى فلم تجدوا ماءً فتيمموا شرط في جواز التيمم عدم و
جدان الماء في الوقت الموسع وإنما يتحقق العدم في جميع أجزائه ولا يعلم إلا بالتأخير حتى يمضي وأما
مع العلم باستمرار العجز فلوجود المقتضي وهو القيام والشرط إذ لا فرق بين عدم الوجدان
وبين العلم بعدم التمكن من الاستعمال في الحكم المذكور وقال الشيخ والسيد
المرتضى وأبو الصلاح وسلار وابن إدريس وابن البراج لا يجوز مطلقاً لعموم الأخبار الدالة
على تأخير الصلاة إلى آخر الوقت وروى يعقوب بن يقطين في الصحيح قال سألت أبا الحسن عليه السلام
عن رجل تيمم فصلى فأصاب بعد صلوته ماءً أيتوضأ ويعيد الصلاة أم تجوز صلوته قال إذا وجد
الماء قبل أن يمضي الوقت توضأ وأعاد فإن مضى الوقت فلا إعادة عليه فلو كان مأموراً
بالصلاة في أول الوقت لم يعد لاقتضاء الأمر الإجزاء وقال أبو جعفر ابن بابويه وقال
في منتهى الطلب يجوز مع السعة مطلقاً للأصل فإن العطف يقتضي التسوية ولما رواه زرارة
في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال قلت له فإن أصاب الماء وقد صلى بتيمم وهو في وقت
قال تمت صلوته ولا إعادة عليه وهذا يدل على جوازه مع السعة والأصح عندي اختيار والدي
في هذا الكتاب وهو التفصيل **قال** دام ظله ولو تيمم لفائتة صحيحة جاز أن يؤدي الظهر
في أول الوقت على إشكال **أقول** هنا مسئلتان آ يجوز أن يصلي بهذا التيمم الظهر ولو في آخر الوقت

لأنه الوقت ليس بناقض هنا ولم يوجد ناقض وقيل لا يجوز لأن التيمم للصلاة قبل وقتها لا يصح
إجماعاً فهذا التيمم لم يستبح به حال إيقاعه صلاة الظهر ولو نواها به بطلت فلا يبيح فيما بعد لعدم
زيادة ضعفه فيه **ب** لو قلنا إنه يستبيح به الظهر هل يستبيح به في أول الوقت فيه إشكال ينشأ
من أن المبتدأ لا يمنع الصلاة في أول الوقت فكذا الباقي لأنه أضعف من الحادث ومساواته للوجود
المقتضي للتأخير في الابتداء وهو إمكان وجدان الماء ومن أنه متطهر دخل عليه وقت الصلاة
فساغ له الدخول فيها ووجوب التأخير للمبتدئ لأنه المفهوم من قوله تعالى فتيمموا لأن الأمر به
قبل الفعل ولأن الوجوب بتأخير الصلاة في التيمم الواقع في الوقت لاشتراط تضيق الوقت في
صحة التيمم المذكور لا لنفس الصلاة والتيمم السابق صحيح مبيح ليس بمشروط بهذا الشرط
إجماعاً واعلم أن الشيخ قال في المبسوط إذا تيمم لنافلة في غير وقت فريضة أو لقضاء فريضة
في غير وقت حاضرة جاز ذلك فإذا دخل وقت الفريضة جاز أن يصلي بذلك التيمم وهكذا حكم
فيه بجواز الصلاة في أول الوقت لأنه إنما يجوز الصلاة بهذا التيمم عقيب دخول الوقت
بلا تأخير لأن الفاء للتعقيب بلا تأخير **قال** دام ظله ولو وجده بعد التلبس بتكبيرة الإحرام استمر
وهل له العدول إلى النفل الأقرب ذلك **أقول** هذه المسئلة إنما تأتي على تقدير [illegible]
لها فهي متفرعة على جواز التيمم مع السعة إما مطلقاً كمذهب قوم أو مع عدم تمكن زواله
في الوقت عندهما ووجه الأقرب جوازه فيما دون ذلك كطلب فضيلة الجماعة فههنا
أولى ويحتمل العدم لعدم النص وعموم قوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم **قال** دام ظله ولو كان
في نافلة استمر فإن فقد بعد ففي النقض نظر **أقول** لما ذكرنا أن المتيمم إذا وجد الماء في أثناء الصلاة
لا يبطلها لقوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم ورجع عليه أنه إذا فقده قبل الفراغ هل ينتقض
تيممه بالنسبة إلى غيرها من الصلوات قال الشيخ في المبسوط نعم وهو الأقوى عندي ولا يقال
بعد وجود الماء إلى ما بقي منه نسبة ولا نافلة والمصنف يستشكل هذه المسئلة في مصنفاته وقال
هنا فيه نظر ينشأ من زوال شرط التيمم ووجود ناقضه وهو وجود الماء مع التمكن من استعماله
لأن القدرة العقلية ثابتة والمنع الشرعي لا ينافيها ومن أنه لم ينتقض حال وجوده فحال عدمه أولى
ولأن الشرع وضعه ولو انتقض لبطلت صلوته هذا خلف **قال** دام ظله وفي تنزل الصلاة على الميت

منزلة التكبير نظرا **أقول** سلمنا أنها طهارة مشروعة قد ترتب عليها أثرها فلا يجب إعادتها
لاقتضاء الأمر الإجزاء ومن أنه ميت لم يطهر بالماء مع التمكن قبل الدفن فيجب تطهيره بالماء لعموم
الأمر ولن كان علة الإجزاء ولأن المراد تطهير الميت وقد خرج من الدنيا لا إلى إخراجه لم فيجب
لها لأنه أكمل والأقوى عندي وجوب التغسيل **قال** دام ظله فإن أوجبنا الغسل ففي إعادة
الصلاة إشكال **أقول** سلمنا أن شرط الصلاة الطهارة والاحتياطية لم تحصل والاضطرارية
قد بطلت ولأن إيجاب إعادة الغسل يستلزم إعادة ما بعده لأنها أفعال مترتبة ومن أن الأمر للإجزاء
ووجدان الماء لا يؤثر فيما سبق كالحاضرة والأقوى عندي عدم وجوب إعادة الصلاة لأن
الطهارة تراد لغسل الصلاة والدفن الأول قد حصل فبقي الثاني فيطهر له

كتاب الصلوة وفيه فصول الفصل الثاني في أوقاتها

قال دام ظله المماثلة بين الظل الحادث والظل الأول على رأي **أقول** هذا اختيار الشيخ في
التهذيب وهو اختيار كثير من الأصحاب ومستنده للشيخ رواية يونس عن بعض رجاله
عن أبي عبد الله عليه السلام وهي مرسلة وفي طريقها صالح بن سعيد وهو مجهول ويعضدها عمل
كثير من الأصحاب احتج الأكثر بما رواه عمر بن سعيد بن هلال عن أبي عبد الله عليه السلام
قال إذا صار ظلك مثلك فصل الظهر وإذا صار مثليك فصل العصر ويعضدها الشهرة
والأقوى الأول **قال** دام ظله والوصف الوقت إلا عن الطهارة وركعة صلى واجبا مؤديا للجميع
على رأي **أقول** في هذه المسألة ثلاثة أقوال أ أن يكون مؤديا للجميع وهو اختيار المصنف
والشيخ رحمه الله لقوله عليه السلام من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة ب
أن يكون قاضيا للجميع وهو اختيار السيد المرتضى رحمه الله لأن أجزاء العبادة مقابلة لأجزاء
الوقت فالركعة الأولى فعلت في غيره وكذا البواقي أيضا ج أن الواقع في الوقت أداء وفي خارجه
قضاء لوجود معنى الأداء والقضاء فيها والأقوى الأول لأن قوله عليه السلام من أدرك
ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة لا يخلو إما أن يريد القضاء أو الأداء لا جائز
أن يكون الأول لانتفاء فائدة الشرط فتعين الثاني فيكون بتقدير تمام الصلاة من خارج الوقت

وقتا

وقتا اضطراريا لها **قال** دام ظله ولو أدرك مقدار خمس وجبت الفرضان وهل الأربع
للظهر أو للعصر فيه احتمال وتظهر الفائدة في المغرب والعشاء **أقول** هذه المسئلة مبنية على السابقة
فالقائل بأنه إذا أدرك ركعة من الصلاة يكون الجميع أداء بمعنى أن الوقت الذي
وقع فيه التمام جعله الشارع وقتا لمثل هذه الصلاة فإنه يلزم على قوله أن يكون الأربع
للظهر واحتج بأنه لولا أن يكون للظهر لما جاز فعلها لعدم جواز فعل القضاء في المضيق
وعلى قول الآخرين أنها للعصر وهو الأولى لأنه إذا بقي مقدار ثمان يضيق الوقتان إجماعا وكل شيء
يفوت فإما من الظهر خاصة أو العصر خاصة أو منهما أو لا واحد منهما والكل باطل غير الأول
وهو المطلوب وقوله وتظهر الفائدة إلى آخره إشارة إلى فائدة الخلاف **الفصل الثالث**
في الاستقبال **قال** دام ظله ويجب الاستقبال في فرائض الصلاة مع القدرة وفي
الندب قولان **أقول** أوجب ابن أبي عقيل الاستقبال في النافلة إلا في السفر والحرب لقوله
عليه السلام صلوا كما رأيتموني أصلي شرط في مطلق صلوته ثم المتابعة لصلوته المعينة
وكان مستقبلا فيها وشرط الماهية من حيث هي شرط الجزئيات وجواز النافلة للراكب والماشي
إلى غير القبلة مطلقا وأسقط بعض المتأخرين فرض الاستقبال فيها مطلقا والحق عندي أن
النافلة حال الاستقرار والاختيار يشترط فيها الاستقبال لأن النبي صلى الله عليه وآله
لم ينقل عنه أنه صلى إلى غير القبلة النافلة قط في ما بين الحالتين والتأسي واجب لقوله تعالى
لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة وغيرها من الآيات والأخبار الدالة على
وجوب التأسي وقد ذكر في أصول الفقه ومعنى التأسي إيقاع الواجب كما أوقعه عليه السلام
والندب إذا فعله فعله كفعله ولأن الصلاة اختيارا استقرارا إلى غير القبلة لم ينص
عليها الكتاب ولا قول النبي عليه السلام ولا تقريره فيكون إدخالا في الشرع ما ليس منه وهذا
معنى البدعة واحتج المخالف بأن وجوب الكيفية مع ندبية الماهية غير معقول **والجواب**
المعنى بالوجوب هنا أحد الأمرين إما الشرط أو الوجوب المشروط بمعنى أنه إن صلى النافلة وجب
أن يصليها على هذه الكيفية فالكيفية مشروطة باختيار المكلف فعل الماهية وأما
جواز النافلة للراكب في سفر القصر حال السير وإن كان السير اختياريا فبالإجماع ولأن النبي صلى الله عليه

الاستقبال

وعليها عليه السلام او ترك كل واحد منهما على تعذره وهل يجب استقبال القبلة بتكبيرة الاحرام ام لا خلاف ذكره والدى مستوفى في منتهى المطلب كذا الخلاف في غير سفر القصر وفي الحضر راكبا وماشيا فلا نطول بذكره هنا قال دام ظله لا يجوز الفريضة على الراحلة وان تمكن من استيفاء الافعال على اشكال اقول منشاؤه من عموم النهي عن ايقاع الفريضة على الراحلة اختيارا روى الشيخ في الصحيح عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله عليه السلام قال لا يصلي على الدابة الفريضة الا مريض يستقبل به القبلة وتجزيه فاتحة الكتاب ويضع بوجهه في الفريضة على ما امكنه من شيء ويومي في النافلة ايماء والاستثناء دليل العموم كما مر في الاصول وعن عبد الله بن سنان قال قلت لابي عبد الله عليه السلام ان يصلي الرجل شيئا من المفروض راكبا فقال لا الا من ضرورة فيكون عاما في صورة النزاع وغيره والا لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة او السؤال ولانه لا يجوز ان يخاطب بالعام ويريد الخاص من غير قرينة وايضا وقع اجماع المسلمين على عدم جواز الفريضة اختيارا على الراحلة واطلقوا من حيث انه ينافي الصلاة مع الاستقبال واستيفاء الافعال والاركان فان كان مانع من جهة المكان وليس اذا المكان شرط في الصلاة لانه من ضروراتها لكون فاذا كان ظاهرا مباحا يتمكن من استيفاء الافعال فيه ولم يات نص باشتراط غير ذلك فيه فلم يعتبر حصوصه في الوجوب في غير الكعبة لطواف فلا مانع من جهته حينئذ وفيه منع اذ ورود النص على النهي عن ايقاع الفريضة على الراحلة كاف في المانع من جهة المكان والتحقيق ان استقرار المصلي في نفسه شرط اجماعا وهل يشترط انتفاع على الصلوات والمحافظة ليست لمداومة خاصة بل المداومة وحفظها عن المفسدات والمبطلات وانما يتحقق ذلك في مكان اعد للقرار عادة فان غيره كظهر الدابة في معرض الزوال والوقوع ولانه سفن استقرار المصلي فيه وفي غيره لا يسفر بل يحتمل ولقوله عليه السلام جعلت لي الارض مسجدا اي مصلى فلا يصح الا فيما في معناها وانما عدلناه اليه بالاجماع وفي غيره لم يثبت ويحتمل عدمه لعدم النص فعلى الاول لا يصح الفريضة على الدابة وان تمكن من استيفاء الافعال والاستقبال بان يكون في شبه هودج وسرير مشدود على ظهر الدابة وعلى الثاني يصح والاصح انه لا يصح قال دام ظله وفي صحة الصلاة على سرير معقول او ارجوحة معلقة بالحبال نظر اقول منشاؤه ان المصلي مامور باداء الفريضة متمكنا على الارض وفي معناها اي المكان الذي اعد للقرار وليست الدابة في العادة

للمستقر

١٤

للاستقرار عليها وكذلك الارجوحة المعلقة بالحبال لانها لا يعد في العرف مكانا للتمكن وما كان الصلاة يدل على الارض وما شابهها ومن حيث انها كالعرف لانه يتمكن من الاستقبال واستيفاء الافعال وهي مستقرة لا تتحرك فليست صلوته معروضة لعدم الاستقرار في بعض الافعال ولما رواه الشيخ عن احمد بن محمد عن موسى بن القسم وابن قتادة جميعا عن علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال سألته عن الرجل هل يصلح ان يصلي على الرف المعلق بين نخلتين قال ان كان مستويا يقدر على الصلاة عليه فلا باس والاقوى عندي الاول لانه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وآله فعله وقال صلى الله عليه وآله صلوا كما رأيتموني اصلي ولا نص عليه ورواية الرف المعلق بين نخلتين لا يدل عليه لان الرف لا يطلق الا على المبسوط لما سبق قال دام ظله ولو فقد المبصر العلم والظن قلد كالاعمى مع احتمال تعدده الصلاة اقول والدي المصنف دام ظله مهد قاعدة هي ان الاعمى يقلد لمنع فقده العلم والظن لان ادلة القبلة يتعلق بحس البصر فاذا فقد آلة الادراك صار كالعامي في الاحكام فيقلد ولان تكرار الصلاة على الاعمى دائما ضروري وحصول العلم او حكمه له بعد ان لم يكن نادر فلو كلف تكرار الواجب الى اربع جهات لكان من اعظم الحرج فيكون منفيا بالاية فيقلد ولانه اقل من امل الحكم ومن دلالة الامارة ومحلها وتعيينها ويجوز له التقليد فيه اجماعا فهنا اولى وحصول العلم له بان يكون في الكعبة فيدركها باللمس والخبر المتواتر وكذا محراب الرسول او امير المؤمنين عليهما السلام وحكم العلم بشهادة العدلين المخبرين عن علم يقيني فان الشارع نزلها منزلة العلم اجماعا واما الامارة المفيدة للظن فما يخبره الثقة عن علم بلفظ صريح بدلالة الكوكب وانه في المحل الدال فان الكوكب اقوى الامارات لقوله تعالى وبالنجم هم يهتدون وكان يحضرني بمحل القطب للشيخ الطوسي رحمه الله كلام في مسائل الخلاف يدل ظاهره على انه يصلي الى اربع جهات لان تحصيل الوجوب لا يرتفع الا بيقين الصحة لان الظن لا يعارض العلم وليس بحيث للزوم الحرج ولان دلالات القبلة اكثرها ظني واما البصير فانما تمكنه العلم او الاجتهاد بالامارات فيجب وانما كان اقوى تقليد العارف لان عدم البصيرة اشد من عدم البصر لقوله تعالى فانها لا تعمى الابصار ولكن تعمى القلوب

الخ في المدور وفي عدم البصر يجوز التقليد ففي عدم البصيرة اولى لان قول العدل يفيد
الظن فكان امارة ويحتمل تعدد الصلاة الواحدة عليه الى اربع جهات لانه به يحصل يقين
البراءة والاحوط هنا كما في الاعمى وعلى قول الشيخ في الخلاف يصلي الاعمى الى اربع جهات فوجوبه
على البصير اولى قال دام ظله لو ظهر خطاء الاجتهاد بالاجتهاد ففي القضاء اشكال اقول
منشاؤه انه امر بالصلاة الى الجهة التي اداه الاجتهاد اليها واتى بالمامور به والامر يقتضي
الاجزاء ولان الاتيان بالمامور به على وفق الامر فيجزي ولان الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد كنقض
القاضي في الواقعة وليس بقياس بل من باب التنبيه بالادنى على الاعلى فان اموال الناس وحقوقهم
مبنية على الاحتياط اكثر من حقوق الله تعالى كالعبادات فاذا لم ينقض في تلك فكذا في هذه
ويحتمل القضاء لانه قد ظهر الخطاء في شرط من شروط الصلاة فيلزمه الاعادة كما لو ظهر انه صلى
قبل الوقت وعلى غير طهارة وفيه نظر لان الظهور انما كان العلم فالفرق ظاهر ولانه ممنوع
ولان الاجتهاد في القبلة متيقن منع والاصح عندي الاول ما فيما مضى الا بدليل قطعي ولم يحصل

الفصل الرابع في اللباس قال دام ظله وفي السنجاب قولان

اقول قال الشيخ في المبسوط وعلي بن بابويه يجوز لرواية علي بن راشد الصحيحة قال قلت
لابي جعفر عليه السلام ما تقول في الفراء اي شيء يصلى فيه قال اي الفراء قال الفنك والسنجاب
والسمور قال فصل في الفنك والسنجاب فاما السمور فلا يصل فيه وقال الشيخ في الخلاف وابن الجنيد
وابو الصلاح لا يجوز لقول الصادق عليه السلام ان كل شيء حرام اكله فالصلاة
في وبره وشعره وجلده وبوله وروثه وكل شيء منه فاسد لا يقبل تلك الصلاة قال
دام ظله وهل يفتقر استعمال الجلد في غير الصلاة مع التذكية الى الدبغ قولان اقول
الاكثر على انه لا يفتقر للاصل ولانه لو كان نجسا لم يطهر به وقال المرتضى والشيخ يفتقر
ولم اقف للشيخ رحمه الله على دليل مقنع وفي هذا الباب قال دام ظله والاقوى الحاق الناسي
بمستصحب غيره اقول هنا اشكالان ا لو صلى في الثوب المغصوب ناسيا ما حكمه فنقول
البحث في هذه المسألة في موضعين ا تعريف النسيان في المحسوسات فهو زوال الصورة المدركة
عن محل الادراك وعن الحافظة ب لا شك انه لا يؤاخذ عليه بانه لا يعاقب عليه باجماع كل من

بقر

١٦

من يعتد به من العلماء لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطاء والنسيان وهل هو عذر في صحة
الصلاة وعدم قضائها قال ان اريد نعم كالجمل لبعد الان اضافة الرفع الى حقيقة
في رفع حقيقته مجاز في رفع احكامه والكل اقرب المجازات الى الحقيقة لان رفعها
يستلزم رفع الاحكام فاذا تعذرت الحقيقة حمل على اقرب المجازات ولان الرفع هنا بمعنى الغاء
الشارع اياه كليا فاعتباره في حكم ما وترتب حكم ما عليه ينافي الغاء المطلق ولعطف وما
استكرهوا عليه عليه والمراد بالرفع فيه الا الغاء الكلي فكذا فيما هذا معطوف عليه وقال
المصنف لا بل بعيده لانه قادر على التكرار الموجب للتذكار فاذا اخل به كان من تفريطه
ولانه لو علم كان حكمه المنع من الصلاة والاصل بقاء الحكم وازالة النسيان اياه
يحتاج الى نص ولم يثبت ثم اجاب بمنع العموم في احكام النسيان لانه يلزم زيادة الاضمار وهو
محذور ومنع الاكتفاء بالاول ولانه لا يجوز الصلاة في المغصوب وازال حكم المانع لكان
قد ثبت له حكم واتم في الاسباب المؤثرة فلا يصدق زوال المشروط لانا نقول زواله هو النسيان
فلو كان علة لزوال الحكم لا نتظم في الاسباب وعاد المحذور ب لو استصحب مغصوبا
غير الثوب معه وصلى هل تبطل صلوته تام لا فتحرير البحث فنقول التقدير انه منهي
عن استصحابه فان كان ما استصحبه يحتاج الى فعل كثير مضاد للصلوة فلا شك في بطلان
الصلاة لان الامر بالشيء نهي عن ضده كما تقرر في الاصول والاستصحاب نهي عنه لا يمكن
تركه الا بابطال الصلاة فيبطل وان لم يضاد امانه وفعل الصلاة وفعل الصلاة في
آخر الوقت او قلنا بصحة صلاته في اول الوقت ففي هذا التقدير يحتمل بطلان صلوته لوجهين
ا ان مستصحب النجاسة كالقارورة المضمومة المشتملة على نجاسة تبطل صلوته فالمغصوب
اغلظ وكذا لانه ماخوذ ما شرى الاحوال ب ان هذه الحركات مستند على التصرف في المغصوب
وهي تحريكات له وكذلك الاكوان كلها فيكون منهيا عنها وهي اجزاء من الصلاة والنهي
في العبادات يدل على الفساد وفساد الاخر يستلزم فساد الصلاة وقال الكثير من الاصوليين
بصحة الصلاة لان المنهي عنه وهو الغصب وصف منفك عن فعل الصلاة فليس جزءا ولا لازم
فلا تبطل الصلاة والتحقيق ان هذه المسألة ترجع الى ان المنهي عنه اذا لم يكن جزء المامور به

ولا لاذن ما بل المكلف باختياره جمعهما هل يصح فيه اولا قال كثير منهم نعم يصح كما لو قال السيد
لعبده خط هذا الثوب ولا تدخل هذه الدار فخاط العبد الثوب في الدار فانه عاصيا بالدخول مطيعا
بالخياطة ويصح منه خياطة الثوب وقال الفريق منهم لا يصح لان الاكوان جزء من الصلاة وهي
تصرف لغصب فكانت منهيا عنها فالنهي عن الجزء هنا او اللازم لهذه الصلاة المخصوصة وفرق
بينه وبين الخياطة لان الكون ليس جزءا للخياطة

الفصل الخامس في المكان

قال دام ظله ولو صلى في المغصوب عالما بالغصب اختيارا بطلت مثل هذا الاشكال في الثوب
المغصوب ومنشاء الاشكال هنا كما ذكرتم لكن نذكر هنا ماهية المكان في عرف الفقهاء
في هذا الموضع وهو ما يستقر عليه المصلي ولو بوسائط وما يلاقي بدنه وثيابه وما يتخلل بين مواضع
الملاقاة من موضع الصلاة كما يلاقي مساجده ويحاذي بطنه وصدره ويعبر بالمكان في
اشتراط الطهارة بمعنى اخر وهو الملاقي عندهم فالمكان في عرفهم لفظ مشترك قال
دام ظله ولو امره بعد التلبس مع الاتساع احتمل الاتمام والقطع والخروج مصليا
اقول البحث هو فيما اذا اذن له في الاستقرار بقدر زمان الصلاة والا لم يحتمل
الاتمام مستقرا بل والاتمام خارجا اذا عرفت هذا فنقول وجه الاول وهو الاتمام ثم
مستقرا بانه شرع في واجب باذن المالك فلم يجز له ابطاله لقوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم
ولا للمالك لان الاذن فحوى كالاذن صريحا في افادة الاباحة فيكون كذا في اللزوم لانه
من لوازم الاباحة ولانه امر بالمنكر لان ابطال الصلاة حرام والامر بالمنكر لا ينفذ
الثاني ان العارية غير لازمة والمكلف فرط بشروعه لا المالك فيجب الخروج وهو مستلزم
لفعل كثير ليس من افعال الصلاة ولان حق الادمي مقدم على حق الله تعالى في مثله ولا
مكان استدراكا الصلاة ولان شرط حسن التكليف خلوه من جميع وجوه المفاسد والتصرف
في مال الغير بغير اذنه مفسدة ووجه الثالث ان الابطال حرام والاقامة والخروج واجب
وقد يجتمعان للضرورة فوجب الاتمام والاقوى الابطال لان سبب لزوم الاذن انما
يكون بفعل المالك وباذنه والصلاة ليس من فعله بل من فعل المأذون له واذنه لا يدل
عليها بالمطابقة ولا بالتضمن وهو ظاهر ولا بالالتزام لان الاذن في الاستقرار اعم من الصلاة

ولا دلالة للعام على الخاص وانما يدل عليها باحدهما فثمة مقدمة هي ان الظاهر ان الاذن
في الاستقرار لا يمنع من الصلاة وهذا شاهد الحال وهو دليل ضعيف لا يعارض التصرف
في ملك الغير مع نهي المعير عنه لان المنع منه قضية عامة ضرورية عقلية والتحقيق ان الرجوع
بعد الشروع لا يرفع حكم الاذن في اباحة الكون والا لزم تكليف ما لا يطاق ولهذا احتمل الاتمام
خارجا وانما الاشكال في رفعه حكم الاباحة في الاستقرار فان قلنا به لم يحتمل الاول وبقي احد
الاخرين والا تعين الاول والتوجيه قد تقدم قال دام ظله وفي جواز صلوته والى جانبه او امامه
امرأة تصلي قولان سواء صلت بصلوته او منفردة وسواء كانت زوجته او مملوكته او محرما او اجنبية
والاقرب الكراهة اقول محاذاة المرأة الرجل وتقدمها عليه في صلاتهما الصحيحتين
لولا المحاذاة او التقدم بلا حائل وبعد عشرة اذرع قيل محرم مبطل وقيل مكروه ولا يبطل بالاول
قال الشيخان وابن حمزة وابو الصلاح وبالثاني قال والدي المصنف والمرتضى في المصباح و
ابن ادريس وهو الاقوى عندي احتج الاولون بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال
اخروهن من حيث اخرهن الله ولفظة من حيث للمكان والمكان لا يجب عليه التاخير خارج
الصلاة اجماعا فيتعين في الصلاة ولفظة افعل للوجوب لما ثبت في الاصول والامر بالشيء
نهي عن ضده لما ثبت في الاصول فيكون كل واحد منهما قد صلى في مكان نهي عن الصلاة فيه
نهي تحريم فتبطل الصلاة وما رواه عمار الساباطي عن ابي عبد الله عليه السلام انه سئل عن الرجل
له ان يصلي وبين يديه امرأة تصلي قال لا يصلي حتى يجعل بينه وبينها اكثر من عشرة اذرع
وان كانت عن يمينه وعن يساره جعل بينه وبينها مثل ذلك وان كانت تصلي خلفه فلا بأس
وان كانت تصيب ثوبه وان كانت المرأة قاعدة او نائمة او قائمة في غير صلاة فلا بأس حيث
كانت واحتج الاخرون بما رواه جميل بن دراج عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يصلي
والمرأة تصلي بحذاه قال لا بأس وانما قلنا بالكراهية لرواية الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم
عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن الرجل يصلي في زاوية الحجرة وامرأته وابنته تصلي بحذاه
في الزاوية الاخرى قال لا ينبغي ذلك فان كان بينهما ستر اجزأه واعلم ان هذا البحث انما هو في
حال الاختيار اما في الاضطرار فلا كراهة ولا تحريم قال دام ظله والاقرب اشتراط صحة صلوة

المرأة لولاه في بطلان الصلاتين أقول ليس مراده صحة صلوة المرأة خاصة بل مراده
صحة صلوة كل منهما لولا المحاذاة والتقدم في عند الاطلاق على الصحيح كالعقود ويحتمل عدمه
لصدق الاسم على الفاسد قيل لو اشترط صحة صلوة كل منهما في البطلان لاشترط الشيء بنقيضه وهو
محال قلنا المراد الصحة لولا المحاذاة فلا تناقض وقيل المانع اما صورة الصلوة او الصحة
والاول محال لعدم اعتبار الشارع اياها فوجودها كعدمها ولانه لو اعتبرت لابطلت صلوة
الحائض والجنب فتعين الثاني والثاني محال والا لاجتمع النقيضان او ترجح احد طرفي الممكن بلا مرجح
وهو محال والجواب ان المانع هو اجتماع شرائط الصحة عدا عدم المحاذاة وتقدمها فالموجب
هو المحاذاة او تقدمها مع اجتماع الشرائط غير عدمهما قال دام ظله وفي الرجوع اليهما حينئذ نظر
أقول مراده هل يؤثر قول كل واحد منهما في بطلان صلاة الآخر ويعتمد عليه ووجه
النظر انه من فعله واصالة الصدق ومن انه اقرار على الغير والاقوى الاول لان عدم الرجوع
الى كل واحد منهما مع اشتراط صحة صلوة كل منهما في بطلان الصلاتين وتحقيق
البطلان بالمحاذاة عند الاجزاء لا اخر امور ثلاثة لا يمكن اجتماعها على الصدق والثاني
متحقق لانا نبحث على هذا التقدير والثالث واقع اجماعا من القائلين بالبطلان فبطل الاول
اما المنافاة فلان صحة الصلاة لا يعلمه الا المصلي نفسه لانها متعلقة بامور قلبية لا يطلع
عليها الا الله تعالى فلو لم يقبل قوله لزم اما عدم الاشتراط بالصحة اذا لم يعلم المانع لم
يتحقق بطلان صلاة الآخر لان الاصل عدمه فاذا لم يقبل قول احدهما لم يتحقق المانع من
الصحة اذ لا طريق غيره قال دام ظله ولو لم يتعد نجاسة المكان الى بدنه او ثوبه صحت صلوته
اذا كان موضع الجبهة طاهرا على رأي وقال في المطلب الثالث فيما يسجد عليه ولا يشترط طهارة
مساقط باقي الاعضاء مع عدم التعدي على رأي أقول لا يظن ان هاتين المسألتين
واحدة وقد اشتمل الكلام الاول وهو ما ذكره في المكان والكلام الثاني
وهو ما ذكره في المطلب الثالث على البحث في مقامات ثلاثة وفيه اشارة الى مسائل اما المقامات
آ البحث في اشتراط الطهارة في المكان وعدمه ب ما معنى الاشتراط وهو مذكور في
المقام الاول ج في تفسير المكان في هذا الموضع وهو مذكور في المقدم الثاني اما آ فقال

باشتراط الطهارة في المكان اي خلوه من كل النجاسات سواء كانت متعدية او غير متعدية
وسواء كانت معفوا عنها لو كانت في البدن والثياب او لا وذلك في حالة الاختيار وهو اختيار
المرتضى وقال والدي دام ظله الاجماع منا واقع على اشتراط خلوه من نجاسة متعدية وان كانت
معفوا عنها في الثياب والبدن اما غير المتعدية فلا يشترط الطهارة الا موضع الجبهة في السجود وهو
اختيار الشيخين واكثر الاصحاب وهو الاقوى عندي لنا ما رواه الشيخ عن زرارة عن ابي
جعفر عليه السلم قال سألته عن الشاذكونة تكون عليها الجنابة أيصلى عليها في المحمل فقال لا بأس
لا يقال الصلاة في المحمل حال ضرورة او رخصة تختص بالنافلة وعلى كل التقديرين
فلا حجة فيه على جواز الفريضة حالة الاختيار لانا نقول قد روى محمد بن ابي عمير قال قلت
لابي عبد الله عليه السلم أصلي على الشاذكونة وقد اصابتها الجنابة فقال لا بأس وترك الاستفصال
مع قيام الاحتمال يدل على عموم المقال والا لزم تأخير البيان عن وقت السؤال والجواب
بالعام مع ارادة الخاص وايضا العرف وان كل حد منه في الاصول احتج المرتضى
بوجوه آ قوله تعالى والرجز فاهجر والرجز هو النجس ومعنى هجره اجتنابه فالصلاة داخلة
في هذا الاجتناب لانها اولى الاحوال باشتراط الطهارة ولا سيما والهجر عبارة عن الاجتناب
الكلي اي في سائر الاحوال والازمان عرفا عاما مبنا لانه اذا قيل له اهجر الشيء الفلاني ففعله
في حالة ما او زمان ما قيل لم تهجر ولان قولنا لا تهجر مناقضة عرفا اهجر والاول جزئي اجماعا
فالثاني كلي فان نفي العموم دل عليه وفي المكان في الصلاة والاصح ما اخرجه النص
وبقي الباقي والمكان لم يخرجه النص فبقي حكم الآية فيه ب روي ان النبي صلى الله عليه
وآله قال سبعة مواطن لا يجوز الصلاة فيها المجزرة والمزبلة والمقبرة ومعاطن الابل
والحمام وقارعة الطريق وفوق بيت الله العتيق فذكر المزبلة والمجزرة والمقبرة لاجل النجاسة
وكانت الطهارة مشترطة ج انه يجب تجنب المساجد النجاسة اجماعا وانما وجب
ذلك لكونها موضع الصلاة وانما شرفت بذلك د ما رواه الشيخ في الموثق عن عبد الله
بن بكير قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن الشاذكونة يصيبها الاحتلام أيصلى عليها
قال لا والجواب عن آ الرجز لفظ مشترك احد معانيه القذر ومنها العقاب

ولا دلالة فيه على النجاسة وايضا لا نسلم عموم الاجتناب في الازمان والاحوال ويمنع التنافي
وايضا فلو ثبت عمومه لكان مخصوصا قطعا وعند كثير من الاصوليين لا يبقى حجة وعن ب
ان سلم صحة السند فالمراد الكراهية اذ المراد في حق الحمام ومعاطن الابل وقارعة الطريق
الكراهة على قولهم فلو اراد به النجاسة في التحريم لزم استعمال اللفظ المشترك في معنييه او في
الحقيقة والمجاز في حالة واحدة وهو خلاف الاصل واذا كان المراد الكراهية فان صح تعليلهم
بالنجاسة بطل حكم الاصل وان بطل تعليلهم بطل دليلهم على حكمهم وعن ج انه لا يجد ان يكون
لخصوصية المسجد بل هو الظاهر لانه يحرم تنجيسها في غير حالة الصلاة وليس كل مكان لاجل كونه
مكانا للصلاة كذلك وعن د ان عبد الله بن بكير فطحي فلا تعويل على ما ينفرد به وقد انفرد بهذه
الرواية لانه لم ينقلها غيره واحتج ابو الصلاح على اشتراط طهارة مساقط اعضاء السجود
بالاجماع والجواب قد تقدم واما المقام الثاني وهو معنى الاشتراط المراد به
انه شرط في صحة الصلاة او في وقوعها موافقة لترغيب الشارع او الامر بالامر بهما والثاني يصح
من لم يجعل المندوب مامورا به ولم يقل بصحة صلاة المميز فان التفسير الثاني يعم الواجب
والمندوب وصلاة المميز واما المقام الثالث وهو تفسير المكان في هذا الموضع
وللفقهاء عبارات فيه آ تفسير السيد المرتضى بانه مسقط كل البدن ب ما يماس بدنه
او ثوبه من موضع الصلاة ويلوح من كلام الشيخ ج مساقط اعضاء السجود ويلوح من
كلام ابي الصلاح وهو اختيار المصنف هنا واليه اشار بقوله ولا يشترط
طهارة مساقط باقي الاعضاء د ان الصلاة يشتمل على حركات وسكنات واوضاع والكل
لا بد فيه من الكون فالمكان ما يقع فيه هذه الاكوان وهو تفسير الجبائيين
واختاره شيخنا في بعض اقواله واما المسائل المتفرعة على ذلك فاشار المصنف
اليها آ لو كان على احد الاعضاء التي يشترط طهارة مكانها انقص من درهم من الدم
الذي يعفى عنه فان تعدى منه الى المكان بطلت صلوته عند تعديه الى المكان لا قبله فنجاسة
مكانه قبل ملاقاته اياه لا يوثر في بطلان الصلاة ونجاسته وحده بما عفي عنه
لا تبطل وانما يبطل الملاقاة مع نجاسة المكان كما لو كانت على المكان خاصة فانه لا يبطل

بتفسيرهم

الا بالمماسة لثوب المصلي او بدنه ولو لم يتعد وان لم يتعد منه الى المكان بان كان يابسا
لم يبطل الصلاة وهذا معنى تقريرنا النصين وهو اولى من التخريج ب نجاسة غير المكان
اذا لم يتعد الى ثوب المصلي او بدنه بالملاقات في الصلاة لا تبطل عندنا وعند من
يشترط طهارة المكان نجاسة جزء من المكان مع ملاقاة جزء من البدن او الثوب
يبطل فلهذا الفرق احتاج الفقيه الى معرفة المكان في هذا الموضع ج محاذي الصدر و
البطن والفرج بين الاعضاء في حالة السجود على قول المرتضى والجبائيين من المكان وعلى تفسير
ابي الصلاح ليس من المكان فعلى الاول لا في بطل وعلى الثاني لا تبطل د لو بسط على
الارض النجسة ثوبا طاهرا وصلى عليه لم يضره وان كان يصلي على نجاسة لانه لا يماسه
ولو كان فيه فرج بحيث يماس جزء من بدنه او ثوبه الموضع النجس لم تصح صلوته
الفصل السادس في الاذان والاقامة **قال** دام ظله في اخر المطلب الرابع في الاحكام
والمتعمد لترك الاذان والاقامة يمضي في صلاته والناسي يرجع مستحبا ما لم يركع وقيل
العكس **اقول** اذا ترك الاذان والاقامة حتى شرع في الصلاة ما حكمه الكلام
فيه في مقامات خمسة هل يرجع لتداركهما اولا وما شرط رجوعه ومتى يرجع ومن
يرجع وما يتفرع الرجوع عليه من المسائل التي اشار اليهما المصنف في هذا الكلام
اما الاول فقد سوغ الرجوع بشرط ويدل عليه ما ياتي من الروايات واما الثاني
فيقول اجمع الكل على اشتراط عدم تضيق الوقت ولو عن جزء كالتسليم وعدم
فوات شرط في الصلاة كما لو صلى بتيمم ووجد الماء بعد التكبير ثم علم هو او التراب
فانه لا يجوز له الرجوع ولم يذكرهما المصنف للعلم بهما وانما ذكر هنا الخلاف في
تعمد الترك ونسيانه فيقول للناس فيه اقوال ثلاثة آ اختاره والدي المصنف دام ظله
هنا وبه قال المرتضى في المصباح انه يشترط في الاعادة تركهما نسيانا فلو تعمد تركهما
لم يعد واحتج عليه بما رواه الحلبي في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلم قال اذا افتتحت
الصلاة ونسيت ان تؤذن وتقيم ثم ذكرت قبل ان تركع فانصرف فاذن واقم واستفتح
الصلاة وان كنت قد ركعت فاتم على صلوتك وما تعطف على ما بعد حرف الشرط ثم يذكر

بعد الجزاء يكون جزءاً من الشرط واذا افتقد الشرط فقد المشروط وهو الجزاء ب قول الشيخ
في النهاية وابن ادريس بالعكس وهو الاعادة بعد الاستدراك فيها ان تمد ويمضي في صلوته ان نسي ج
قول الشيخ في المبسوط وهو ان المنفرد اذا دخل في الصلاة من غير اذان ولا اقامة استحب
له الرجوع ما لم يركع ويؤذن ويقيم ويستقبل الصلاة فان ركع مضى في صلوته ولم يفرق بين العمد
والنسيان ولم نقف للشيخ على قوله في النهاية على رواية يستند اليها قوله هذا وهنا اقوال اخر
لم نطول بذكرها لخلوها عن الفائدة واما المقام ح فيقول يرجع ما لم يركع في الاولى للرواية المذكورة
واما المقام د وهو البحث عمن يرجع هو من ترك الاذان والاقامة معاً المنفرد والجامع و
الامام والماموم لان الاستحباب فيه اكمل بعض قال بالوجوب هنا ومن قيد بالمنفرد فللتنبيه
بالادنى على الاعلى وانما استحب الاعادة للروايات الواردة فيه اما الاذان وحده فلا يرجع
لاجله اجماعاً واما الاقامة وحدها فقد روى الشيخ في الصحيح عن حسين بن ابي العلا عن
ابي عبد الله عليه السلام قال سالته عن الرجل يستفتح الصلاة المكتوبة ثم يذكر انه لم
يقم قال فان ذكر انه لم يقم قبل ان يقرا فليسلم على النبي ثم يقيم ويصلي وان ذكر بعد
ما قرا بعض السورة فليتم على صلوته قال والذي المصنف في منتهى المطلب وهذا يدل على ان الاقامة
كالاذان والاقامة في الحكم ايضاً فقد روى الشيخ في الصحيح عن علي بن يقطين
قال سالت ابا الحسن علي عليه السلام عن الرجل ينسى ان يقيم الصلاة وقد افتتح الصلاة قال
ان كان قد فرغ من صلوته وان لم يكن فرغ من صلوته فليعد قال الشيخ المراد بقوله
فليعد الاستحباب وهو جيد لكن مع شرط آخر وهو عدم الركوع واما المقام
ه فهنا المسائل آ ان الرجوع مستحب لتحصيل فضيلة الاذان والاقامة وفيه اشارة الى ان
الامر الوارد في لفظ الائمة عليهم السلام هنا انما هو للندب لا للوجوب لان ما عاينه غيره
في غير التبليغ بمنع الغاية في حكمها وغاية الرجوع الاذان والاقامة ب ان ابطال الواجب
لاجل استدراك المستحب هنا جائز بالنص وهو رخصة لقيام المقتضي للمنع وهو قوله لا تبطلوا
اعمالكم والرخصة قد تكون واجبة كتناول الميتة عند خوف التلف في المخمصة ومباحة
ككلمة الكفر عند العلم بالقتل ان تركها وقد تكون مستحبة كهذا والفرق ح التنبيه

٢٠

على فضل الاذان والاقامة لان افضل العبادات الصلاة ويجوز ابطال الواجب
منها لاجل استدراكها واعلم ان هنا اشكالاً وهو ان مقتضى الآية تحريم الابطال ومقتضى
الرواية اباحته والخاص اذا ورد بعد حضور وقت العمل بالعام كان نسخاً لا تخصيصاً وهذه
الروايات عن الائمة متاخرة عن وقت العمل بالعام ونسخ الكتاب بخبر الواحد لا يجوز
واجاب المصنف عن هذا الاشكال بان ورود السنة على قسمين احدهما ابتداء شرعيتها
وثانيهما الاخبار عن ثبوت حكمها فيما تقدم فالاول هو الذي يستلزم النسخ اذا كان
بعد حضور وقت العمل واما الثاني فلا يستلزم والرواية عن الائمة عليهم السلام ليست
من القسم الاول بل من القسم الثاني فاذا قال الامام عليه السلام شيئاً من ذلك وهو لا شك
في وجوب عصمته وانه لا ينطق في الاحكام الا عن لفظ النبي عليه السلام كما ان النبي
لا ينطق الا بالوحي وما ينطق به من ذلك فهو اخبار عن حكم النبي عليه السلام عن المعارض
كالنسخ وسائر وجوه التاويلات وكانه قال ان النبي عليه السلام قال ذلك وهذا يكون
من باب التخصيص والبيان لا من باب النسخ والرخصة باعتبار التخصيص وباعتبار البيان قال
دام ظله ولا يجوز الاعتماد مع القدرة الا على رواية اقول هذه رواية علي بن جعفر
عن اخيه موسى عليه السلام قال سالته عن الرجل هل يصلح له ان يستند الى حائط المسجد
وهو يصلي او يضع يده على الحائط وهو قائم من غير مرض ولا علة فقال لا باس وعن الرجل يكون
في صلوة فريضة فيقوم في الركعتين الاولتين هل يصلح ان يتناول من المسجد متمسكاً يستعين
به على القيام من غير ضعف ولا علة قال لا باس ولا يعمل بها لمنافاتها القرآن لقوله تعالى وقوموا لله
قانتين والقيام الاستقلال وهما محمولتان على التقية وذهب ابو الصلاح الى ان الاعتماد على
ما يجاوره المصلي من الابنية مكروه قال دام ظله ولا يجب القيام في النافلة وفي جواز الاضطجاع
نظر اقول اما جواز النافلة قاعداً اختياراً فاجماعي وقد روي ان ثوابه نصف ثواب
القائم وروى عمران بن الحصين قال سالت رسول الله صلى الله عليه وآله عن صلوة الرجل وهو
قاعد فقال من صلى قائماً فهو افضل ومن صلى قاعداً فله نصف اجر القائم ومن صلى نائماً فله
نصف اجر القاعد ويروى وصلوة القائم على النصف من صلوة القاعد اذا عرفت ذلك فيقول

هل يجوز أن يصلي النافلة مضطجعاً مفهوم الخبر الجواز ومنشأ الإشكال من أنها غير واجبة فلا
يجب كيفيتها وهي كيفية مشروعة للصلاة ومن أنه تغيير لهيئة الصلاة من غير علاج ولأنه لم
ينقل عن النبي عليه السلام أنه فعله واعلم أنه فرق بين صلاة النافلة قاعداً ومضطجعاً
لأن قوام الصلاة بالأفعال فإذا اضطجع فقد ترك معظمها وانمحت صورتها بخلاف القعود
فإن صورة الصلاة تبقى محفوظة معه والأقوى عندي الجواز قال دام ظله ومعه الأقرب
جواز الإيماء للركوع والسجود أقول وجه القرب أن هذه الهيئة تابعة للاضطجاع وجوازه
اختياراً على الراحلة وماشياً وإذا جاز في حال الاختيار فليجز مطلقاً لأنه دليل على عدم
منافاته للصلاة ويحتمل عدم جواز الإيماء للركوع والسجود لأنه تغير لهيئة الصلاة ولأن
الصلاة حقيقة في ذات الركوع والسجود ولا يجوز إهمالهما إلا بعذر أو نص شرعي وهما منفيان
هنا قال دام ظله ولو نوى في الأولى الخروج في الثانية فالوجه عدم البطلان
إن رفض القصد قبل البلوغ إلى الثانية أقول استعمل هنا لفظ النية في الإرادة على سبيل
المجاز فإن النية حقيقة في الإرادة المقارنة ومجاز في القصد أعني الإرادة مطلقاً و
تحرير المسألة أنه إذا قصد في الأولى الخروج في الثانية فهنا احتمالات ثلاثة أ بطلان الصلاة
في الحال لأن الجزم في النية بمعنى أن يوجد إرادة الإتيان بالصلاة كلها إرادة جازمة
لا شك فيها واستمراره حكماً إلى انتهاء الصلاة شرط ومعنى الاستمرار حكماً الامتناع عما
ينافي هذا الجزم وموهنه لأن استمرار عين الإرادة عسير وهذا كالإيمان فإنه لا يشترط
فيه استحضار العقد الصحيح الجازم على الدوام ولكن يستدام حكمه ويجب الامتناع
عما ينافي هذا الجزم ولا شك أن نية الخروج في الثانية ينافي الجزم بالإتيان بالكل ولا ريب
أنه يجب عليه الاستمرار في الصلاة والإتيان بها على سبيل الاتصال والموالاة والخروج في الثانية
بما فيه فإذا الأقرب ذلك فنقول اختلف المتكلمون في أن إرادتي المتنافيين هل هما متنافيان
أم لا فإن قلنا بالمنافاة بطلت الصلاة وإلا لم تبطل والأدلة من الطرفين مذكورة في الكلام
والحق عندي بطلان الصلاة في الحال ب عدم البطلان بناء على ما ذكرنا من عدم المنافاة
على أحد القولين وهو اختيار السيد المرتضى والشيخ في الخلاف فإنه قال إذا دخل في صلاته

٢١

ثم نوى أنه خارج منها أو نوى أنه سيخرج منها قبل إتمامها أو شك هل يخرج منها أو يتمها
فإن صلاته لا تبطل لأنه لا دليل عليه وقال في المبسوط إذا حرم على ما بينا في الصلاة من حديث
أو كلام أن يفعله خارجاً منها ولم يفعل أثم ولم تبطل صلاته لأنه لا دليل عليه ج إن رفض
القصد قبل البلوغ إلى الثانية صحت صلاته هو الأقرب عند المصنف ووجهه أصالة الصحة ولأنه
مستصحب للنية الأولى في الركعة الأولى ولا منافي فيها الثانية فيها فتصح والثانية صحيحة إذ
بطلانها قبل الوصول إليها غير معقول وبعد الوصول إليها لم تزل حال وجودها الأولى
قال دام ظله وكذا إن علق الخروج بأمر ممكن كدخول شخص فإن دخل فالأقرب البطلان
أقول الفرق بين هذه المسألة والمسألة الأولى أن المسألة الأولى علق الخروج بأمر يحصل في صلاته
لا محالة وهذه علقه على أمر ممكن ومنشأ الخلاف في هذه المسألة أنه لو قال إن دخل زيد تركت
الإسلام فإنه يكفر في الحال ولو شرع في الصلاة على هذه النية في الابتداء لم يصح فكذا
في الأثناء هنا البطلان لما قلنا ويحتمل عدمه لأن ذلك المعلق عليه ربما لا يوجد فتبقى النية على
استمرارها ولأن الثابت في نفس الأمر لا ينافيه الثابت على تقدير بالقوة ولم يوجد بالفعل
لأن الأصل استمرار العدم والثابت على تقدير هو بالقوة معدوم منتف فلا ينافي النية الثابتة
المستمرة وبعد عدم النية لا هو فلا فرق إن الإرادة إنما يؤثر في الحدوث حال وجودها
مع وجود المعلق عليه لا مع عدمها أما مع الغفلة عنها فلا تؤثر أصلاً وإنما اعتبرها الشارع
حكماً لرفع الحرج في استدامة فعل الواجب إلى نهايته لأن المعتبر في الابتداء الفعل وتفرع
على هذا الاحتمال أعني احتمال عدم البطلان حال النية أنه لو وجدت الصفة المعلق عليها
كدخول الشخص مثلاً فهل تبطل الصلاة أم لا فنقول إن لم يكن ذاهلاً عن التعليق
الأول بل هو مستمر في نيته بالفعل فلا شك في البطلان لأن المصنف قد ذكر أنه إذا
نوى الخروج في الحال وتشكك فيه بطلت صلاته هذا لا غبار عليه لتعلق وجدانا بأحدهما
أنه لا تبطل الصلاة لأنها لو بطلت لبطلت في الحال القيام التردد فإذ لم تبطل لم يكن
لهذا التردد وقع وكان وجوده وعدمه بمثابة واحدة ودج والذي أنها تبطل عند
وجود الصفة لأنه مقتضى التعليق والأصح عندي البطلان من حين النية قال والثاني

دام ظله في مباحثه يمكن ان يقال الموجود الصفة يعلم ان التعلق خالف مقتضى النية
المعتبرة في الصلاة في نفس الامر لانه وقوعه كان متحققا في علم الله تعالى فتبطل الصلاة
حينئذ من حين التعليق وان لم يوجد الصفة علم عدم منافاتها لان الثابت على تقدير منتف
منتف فظهر صحة الصلاة وتظهر الفائدة في المأموم وفيما اذا نوى ابطال هذه النية قبل وجود الصفة
واعلم ان الشيخ في الخلاف قال الصلاة لا تبطل بنية الخروج او الشك فيه ثم قوى الشيخ في الخلاف
ايضا البطلان وما ذكرناه نحن هو تحقيق هذه المسئلة قال دام ظله ولو نوى ان يفعل
المنافي لم تبطل الا مع فعله على اشكال اقول المراد بالنية هنا القصد مجازا ومنشأ
الاشكال ان الارادتين للضدين هل يتضادان ام لا فان قلنا بتضادهما اذا تنافي او للصادق وان
قلنا بعدم تنافيهما لم تبطل الصلاة وان قلنا بنافيهما للصادق لم تبطل ايضا وان قلنا بالتنافي
بطلت الصلاة وتحقيق هذه المسئلة في علم الكلام قالوا ارادة الشيء يستلزم كراهة
ضده او نفيها وكراهة كل شيء تنافي ارادته وثبوت احد المتنافيين يستلزم نفي الآخر
فتبطل النية قلنا المقدمات ممنوعة ولو سلمت ففي للاضداد العقلية اما الشرعية فممنوعة
واعلم ان الشيخ في المبسوط قال اذا عزم على ما ينافي الصلاة من حدث وكلام او فعل خارج
منها ولم يفعل اثم ولم تبطل صلوته وكذا المرتضى قال بعدم الابطال واعلم ان التحقيق في هذه
المسئلة وما قبلها من المسائل وما يتفرع من الفروع يبتني على تحقيق نذكره هنا وهو ان النية
شرط بمحضها للقربة والاستدامة شرط ايضا والاول شرط باجماع علمائنا واما الثاني
وهو استدامة النية حكما حتى يفرغ من صلوته فواجب باجماع المسلمين فلزم على ذلك بطلان
الصلاة بما ينافي احدهما وهذا القدر على الفقيه ان يبحث عنه وهو مسئلة من علم الفقه
واما البحث عما ينافي النية فهو من علم الكلام فالفقيه يتسلمه من المتكلم واذا بحث
عنه في علمه كان من جملة المبادي التصديقية والمصادرات فيه واجمع الكل على انه
اذا قصد ببعض افعال الصلاة الواجبة غير الصلوة بطلت الصلاة بذلك القصد ولقائل
في المأموم وعدم اعتبار الكثرة لان اجماع المتكلمين على ان المتعلقين اذا اتحد متعلقهما
وتعلق احدهما على عكس تعلق الاخر تضادا فلذلك اجمع الفقهاء على انه اذا نوى ببعض افعال

الصلاة

٢٢

الصلاة غيرها بطلت واما الاتحاد للمتعلقين بغير هذا الوجه كتعلق احدهما
باحد الضدين والاخر بالاخر وغير ذلك من الوجوه فاختلف فيه المتكلمون ومن هذا ارادة
الضدين هل يتضادان وارادة المتنافيين كارادة الخروج مع ارادة الاستدامة هل
يتنافيان اختلف المتكلمون في ذلك ومن ثم اختلف الفقهاء في هذه المسائل المذكورة فقول
الشيخ في المبسوط بناء على مذهبه في بعض كتبه في علم اللطيف من جملة علم الكلام
ان المتعلقين لا يتضادان الا بما ذكرناه اولا لا بغيره واما قوله في الخلاف بناء على ما ذكره في موضع
اخر من تضاد ارادتي الضدين وتنافي ارادتي المتنافيين والحق عندي البطلان قال
دام ظله واما زيادة على الواجب من الهيات فالوجه البطلان مع الكثرة اقول
وجه البطلان انه فعل كثير من افعال الصلاة وكل فعل كثير ليس من افعال الصلاة
فيه انه مبطل والصغرى فرضية والكبرى اجماعية ويلزم القول بالصحة لمن ذهب
الى ان الاكوان باقية وان الباقي مستغن عن المؤثر وانه لا يعدم الا بطريان الضد وقد ذهب
اليه جماعة من الامامية فعلى قولهم لما اوجد القيام من الركوع مثلا فالذي صدر من الفاعل
حدوث القيام ثم فيما بعده صار باقيا فاستغنى عن المؤثر والقدرة يتعلق ايضا بايجاد
ضده فاذا لم يوجد لم يكن الفاعل قد صدر منه حال البقاء شيء اصلا فاذا نوى
بالزائد عن الواجب من ذلك القيام غير الصلوة فقد نوى بما لم يصدر منه وما لم يفعله
غير الصلاة فلا يؤثر في بطلان الصلاة والتحقيق ان هذه المسئلة راجعة الى ان الباقي
هل يحتاج الى المؤثر ام لا فان قلنا يحتاج بطل مع الكثرة لانه فعل فعلا كثيرا وان
قلنا الباقي مستغن عن المؤثر والمؤثر لم يفعل شيئا فلا يبطل والاقوى عندي البطلان
قال دام ظله ولو ظن الخروج فنوى القضاء ثم ظهر البقاء فالاقرب الاجزاء مع الخروج الى
اقول هذه المسئلة اصولية وتقريرها ان نقول ان التكليف في الوقت منوط بالظن
فاذا ظن الخروج صار قضاء وكان مكلفا بان ينوي القضاء اجماعا ولو نوى الاداء
حال وجود الظن بالخروج بطل اجماعا اذا تقرر ذلك فنقول اما ان يستمر
الظن ويستمر دائما اولا فان كان الاول وقع مجزيا في نفس الامر اجماعا وحصل له ثواب

فساد

الفعل للاداء اجماعا وان انكشف فساد ظنه بعد الفعل فاما ان يكون الظهور بعد خروج الوقت
او قبله فهنا مسئلتان آ ان يكون بعد خروج الوقت فالاصح الاجزاء وعدم وجوب الاعادة
لانه اتى بالمامور به على وجهه وكل من اتى بالمامور به على وجهه خرج عن عهدة التكليف وذلك
هو معنى الاجزاء ولان الاعادة لانه اوقع القضاء في غير وقته مع امكان استدراكه ولان الصلاة
واحدة والاصل بقاء الوجوب لعلة مبرئة للذمة ولم تثبت ب انه يعلم قبل خروج الوقت
بمعنى انه بقي من الوقت مقدار ركعة فهنا يحتمل الاتيان به لان سبب الوجوب وهو الوقت موجود
والفعل وقع على غير وجهه فياتي به ويحتمل عدم الاعادة لانه اتى بالمامور به كما كلف به لانه مكلف
بالاتيان بمقتضى الظن ويحتمل ان يقال ان خرج الوقت في اثناء الصلاة صحت الصلاة كما لو نوى الاداء
قبل دخول الوقت بظن دخوله ودخل في الاثناء فانه يصح عند المصنف والاقوى عندي الاعادة
مع بقاء الوقت قال دام ظله ويجوز ان يقرأ من المصحف وهل يكفي مع امكان التعلم
نظر اقول القراءة في الصلاة في المصحف مكروهة ولا شيء من القراءة الواجبة في الصلاة بمكروه
فيلزم ان لا يكون هي الواجبة في الصلاة والصغرى اجماعية والكبرى ظاهرة [illegible]
والوجوب والكراهة متضادان والامر الشارع بالتعلم ولم يامر بالقراءة في المصحف فلو قام
مقام التعلم والحفظ لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة ولانه من انه مامور بالقراءة والاقوى عندي
عدم الاكتفاء قال دام ظله وتجب البسملة بينهما على راي اقول
قال الشيخ في التبيان لا يجب لجواز قراءتهما في ركعة بعد الحمد وعدمه في السورتين والسورة
الواحدة لا يجب تكرار البسملة فيهما والمقدمة الاولى والثانية ممنوعتان وقال المصنف
وابن ادريس كما تحمل لانها كتبت بخط المصحف في المصحف بينهما فيكون آية قال دام ظله
ولو قرأ عزيمة في الفريضة ناسيا اتمها وقضى السجدة والاقرب وجوب العدول ان لم يتجاوز
السجدة اقول تحقيق هذه المسئلة وهي صورة النسيان مبني على ان قراءة العزيمة
او بعضها في الفريضة القراءة التي هي جزء من الصلاة عمدا حرام وهذا مبني على مقدمات خمس
آ انه يجب قراءة سورة كاملة بعد الحمد في الاولتين لما رواه منصور بن حازم قال قال ابو عبد الله
لا يقرأ في المكتوبة اقل من سورة ولا اكثر ب انه يحرم الزيادة على السورة بعد الحمد على انها

جزء من الصلاة بالحديث المتقدم ج ان زيادة السجود للتلاوة في الفريضة حرام د انه يجب
السجدة عقيب قراءة آيتها على الفور لا يجوز تاخيرها عنها ه ان الصلاة ليس بعد تاخير السجدة عن
قرائتها اذا تقررت المقدمات فنقول هذه المقدمات الخمس يلزم منها القول بالتحريم
مع العمد وهو ظاهر ويبنى على هذه المقدمات ما رواه الشيخ عن زرارة عن احدهما عليهما السلام
قال لا تقرأ في المكتوبة بشيء من العزائم فان السجود زيادة في المكتوبة وهذا فيه تنبيه على هذه المقدمات
وهو ظاهر لا يقال في طريقها ابن بكير وهو واقفي والقسم بن عروة قال والذي ولا يحضرني
حاله لانا نقول الرواية الضعيفة في النهي والوجوب مع عدم المعارض العقلي والنقلي يعمل
بها للاحتراز عن الضرر المظنون في الترك والفعل لا فيما يلزمهما كالعقوبة والفسق والكفارة وعلى
منع بعض هذه المقدمات لا يتم ذلك ويوضحه ما روى عمار الساباطي عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل
يقرأ في المكتوبة سورة فيها سجدة من العزائم فقال اذا بلغ موضع السجدة فلا يقرأها وان احب ان يرجع
فيقرأ سورة غيرها ويدع التي فيها السجدة رجع الى غيرها فلنفصل اقوال الناس في ذلك فنقول
المقدمة الثالثة اجماعية منا والخلاف في غيرها على اقوال آ قول من منع المقدمة الاولى وسلم
ما بعدها كالشيخ في النهاية فيجوز على قوله قراءة بعض السورة وهو ما ليس فيه السجدة وحرم قراءة
الكل وقراءة سورة اخرى معه اما الجواز فلعدم لزوم المحذور واما المنع من الكل فلرواية
ابن بكير واما المنع من قراءة اخرى معه فلرواية الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم عن احدهما
عليهما السلام قال سألته عن الرجل يقرأ السورتين في الركعة فقال لا لكل سورة ركعة
ب قول من منع مع ذلك المقدمة الثانية وسلم ما بعدها وهو قول الشيخ ايضا
فيتخير على قوله هنا بين الاقتصار على البعض وبين ضم سورة اخرى معه ج قول من منع الرابعة
والخامسة كابن الجنيد فيجوز على قوله قراءة السورة كلها قال ابن الجنيد لو قرأ سورة
من العزائم في النافلة سجد وان كان في فريضة اومى فاذا فرغ قرأها وسجد د قول من سلم
الاولى والرابعة والخامسة ومنع المقدمة الثانية كابن ادريس فانه على قوله تحرم قراءة
الكل ويجوز قراءة البعض مع سورة اخرى فقد انحصرت اقوال الفقهاء هنا بالاستقراء
في هذه الاقوال الاربعة واذا عرفت هذا في صورة العمد فنقول في صورة النزاع وهو

انه اذا قرا ناسيا فاما ان لا يذكر اصلا او يذكر بعد الركوع ولا شك في صحة الصلاة وكون القراءة
وقعت صحيحة لانها انما حرمت لاجل السجدة ومع النسيان لا تجب فوريتها اما الاولى فقد نبه
عليها في رواية زرارة واما الثانية فاجماعية بقي قسمان آ ان يذكر قبل تجاوز السجدة فعلى قول
شيخنا والذي للمصنف تجب العدول لانه لولاه لزم مخالفة احدى المقدمات الخمس وهو محال
وقد نبه عليه في رواية زرارة وعلى قول الاول من قول ما هي احدى المقدمات الخمس يجوز ان يقتصر
على قراءة ذلك البعض فلا يحتاج العدول وعلى قول الثاني يجوز الاقتصار عليه وان يضم سورة الله فلا تجب
العدول ايضا وعلى القول الثالث لا يحتاج العدول لو لا الاتمام والاتمام ثم يقراها بعد الفراغ ويسجد
وفيه دقيقة ب ان يذكر بعد تجاوز السجدة فلا يجب العدول للاجزاء وعدم لزوم المحذور
فهذا تحقيق هذا الموضع **قال** دام ظله ويستحب الجهر بالبسملة في اول الحمد والسورة في
الاخفاتية وبالقراءة مطلقا في الجمعة وظهرها وهو الاقوى عندي على راي **اقول** اوجب ابو الصلاح
الجهر بالبسملة في اولتي الظهر والعصر في الحمد وابتداء السورة وذهب ابن البراج الى القول بالوجوب
فيما يخافت فيه لمواظبة ابي عبد الله عليه السلم عليه قال المصنف فيستحب للاصل والاقوى
عندي على راي **اقول** اوجب ابو الصلاح الجهر بالبسملة في اولتي الظهر والعصر
في الحمد وابتداء السورة وذهب ابن البراج الى الوجوب فيما يخافت فيه لمواظبة ابي عبد الله عليه
السلم قال المصنف يستحب للاصل والاقوى عندي مذهب والذي وهو استحباب الجهر في الجمعة واولتي
ظهرها واستحباب الجهر في القراءة في الجمعة وظهرها قول الشيخ والمصنف لان ابا عبد الله عليه
السلم سئل عن الرجل يصلي الجمعة اربع ركعات الجهر فيها فقال نعم ومنعه السيد المرتضى وابن ادريس
في الظهر لقول ابي عبد الله عليه السلم انما يجهر اذا كانت خطبة **قال** دام ظله وقراءة الجحد
في اول ركعتي الزوال واول نوافل المغرب والليل والغداة اذا اصبح بها والفجر والاحرام والطواف
وفي ثوانيها بالتوحيد وروي العكس **اقول** سند الاول رواية محمد بن يعقوب عن علي بن ابراهيم
عن ابيه عن عبد الله المغيرة قال حدثني معاذ بن مسلم عن ابي عبد الله عليه السلم انه قال لا تدع ان تقرا بقل
قل هو الله احد وقل يا ايها الكافرون في سبع مواطن في الركعتين قبل الفجر وركعتي الزوال وركعتين بعد
المغرب وركعتين في اول صلاة الليل وركعتي الاحرام والفجر اذا اصبحت بها وركعتي الطواف **قال**

دام

دام ظله والذكر من تسبيح وشبهه على راي **اقول** هذا مذهب الشيخ في المبسوط
وابن ادريس لان هشام بن الحكم وهشام بن سالم سألا الصادق عليه السلم يجزي ان اقول في الركوع والسجود
لا اله الا الله والله اكبر فقال نعم هذا ذكر على الذكر وهذا هو الاقوى عندي وذهب
السيد المرتضى والشيخ في الخلاف وابو الصلاح والقاضي وسلار وابن حمزة وابن الجنيد الى
تعيين التسبيح لقول ابي عبد الله عليه السلم يقول في الركوع سبحان ربي العظيم وبحمده
قال دام ظله وجلسة الاستراحة على راي **اقول** هذا هو المشهور للاصل وهو الاصح
عندي واوجبها السيد المرتضى لقول ابي عبد الله عليه السلم اذا رفعت راسك من السجدة
الثانية في الركعة الاولى حين تريد ان تقوم فاستو جالسا ثم قم قال دام ظله ولو اسقط
الواو في الثاني او ركع به او اضاف الآل او الرسول الى المضمر فالوجه الاجزاء **اقول**
وجه الاجزاء حصول المقصود معه ويحتمل عدمه اتباعا للصورة في النص والاول هو الاقوى
عندي **قال دام ظله** الاقوى عندي استحباب التسليم بعد التشهد **اقول** اوجبه
السيد المرتضى في المسائل الناصرية والمحمدية وابو الصلاح وسلار وابن ابي عقيل والصدوق من
التسليم واجب لقوله تعالى وسلموا تسليما ولا شيء من التسليم في غير الصلاة بواجب فيجب
التسليم في الصلاة وهو الصحيح عندي لقول النبي عليه السلم مفتاح الصلاة الطهور و
تحريمها التكبير وتحليلها التسليم وذلك يقتضي الحصر ولانه عليه السلم كان يخرج
من الصلاة به لا بغيره وذهب الشيخان والمصنف هنا وابن ادريس والقاضي الى الاستحباب للاصل
ولما رواه الشيخ في الصحيح عن زرارة عن الباقر عليه السلم سالته عن رجل يصلي ثم يجلس
فيحدث قبل ان يسلم قال تمت صلوته

الفصل الثامن في التروك

قال دام ظله
وفي الحرف الواحد المفهم او الحرف بعده مدة وكلام المكره عليه نظر اقول منشا في الاول
من الاصل وولادة مفهوم قولهم والكلام بحرفين ومن حصول الافهام به فاشبه الكلام
ولان الحرف لا دلالة له في نفسه اي اذا انفرد لا يدل فكلما اذا انفرد دل ليس بحقيقة وفي
الثاني من ان المدة الف او واو او ياء اذا كان ما قبلها متحركا بحركة من جنسها ومن انه
يتولد من اشباع الحركة فلا يعد حرفا وفي الثالث من انه مكلف بالصلاة الكلية

لا بالجزئيات المخصوصة والكلام بنافيها والاكراه على منافي الكلي إنما يتحقق مع الاكراه على الاتيان به
في كل الجزئيات فاذا اكره على الاتيان به في جزئي لا غير وجب عليه الاتيان بالكلي في الجزئي الآخر لانه
يمكنه ان يأتي به من غير مناف فيبطل هذه الصلاة وتجب عليه غيرها ولانه نادر فلا يكون عذرا إذ
العذر ربما يستلزم الحرج المنفي بالآية ولا يتحقق في النادر ومن ان المنافي انما هو الكلام عامدا مختارا
ولقوله عليه السلم رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه والمراد حصول الاكراه مع
اتساع الوقت قال دام ظله ولو قال ادخلوها بسلام آمنين على قصد القراءة جاز وان
قصد التفهيم ولو لم يقصد سواه يبطل على اشكال اقول منشاؤه من انه لا يخرج عن القرآن بالقصد
ومن انه لم يقصد القرآن فلا يكون قرآنا لتساوي الالفاظ ثم اختلف اصحابنا في هذا ثم في ان القرآن
هل يخرج عن كونه قرآنا بالقصد ام لا فقال بعضهم بالاول فيبطل حينئذ وبعضهم بالثاني فلا تبطل واعلم
ان هذا مبني على ان هذا المسموع هل هو عين ما اوجده الله تعالى وحكاية عنه فابو علي وابو الهذيل على الاول
والا بطلت المعجزة لقدرتنا على مثله وابو هاشم على الثاني لاستحالة بقاء الكلام قال دام ظله
ولا يعقص الرجل على قول اقول ذهب الشيخ في المبسوط والخلاف الى التحريم لقول ابي عبد
الله عليه السلم وقد سئل عن الرجل يصلي الفريضة وهو معقوص الشعر يعيد صلاته وقال ابن الصلاح
وابن ادريس والمصنف يكره للاصل والتحقيق انه ان منع من السجود حرم وابطل والا فلا

الفصل الثاني

في باقي الصلوات وفيه فصول الاول في الجمعة قال دام الله ظله ولا يشترط الحرية
على راي اقول المفيد والشيخ في النهاية يشترط لانها من المناصب الجليلة فلا يليق
بحاله والمصنف والشيخ في المبسوط لا يشترط لقول احدهما عليهما السلام لما سئل عن العبد
يؤم القوم اذا رضوا به وكان اكثرهم قراءة لا باس قال دام ظله وفي الاجذم والابرص والاعمى
قولان اقول السيد المرتضى وابو الصلاح والقاضي والشيخ في الخلاف فلا يجوز امامة الاجذم
والابرص لقول الصادق عليه السلم لا يؤمن الناس على كل حال المجذوم والابرص الحديث
وذهب السيد المرتضى في الانتصار الى الكراهية لقول ابي عبد الله عليه السلام لما سئل عن المجذوم
والابرص يؤمان الناس لا باس وقال الشيخ رحمه الله في الخلاف لا يجوز امامة الاعمى لانه غير
متمكن من الاحتراز عن النجاسات غالبا وربما انحرف عن القبلة وكرهها في المبسوط قال دام ظله

وهل يجوز

وهل يجوز في حال الغيبة والتمكن من الاجتماع بالشرائط الجمعة قولان اقول الشيخ في النهاية لا
وابو الصلاح والمصنف في المختلف يجوز لعموم الآية واذا ارتفع الوجوب بقي الجواز وزوال الوجوب
الظهر لامتناع اجتماع الثالث وذهب السيد المرتضى في المسائل الميافارقيات والشيخ في الخلاف
وسلار وابن ادريس الى المنع لفقد الشرط قال دام ظله ولو مات الامام بعد الدخول لم تبطل
صلاة المتلبس ويقدم من يتم الجمعة وكذا لو احدث او اغمي عليه اما غيره فيصلي الظهر ويحتمل الدخول
معهم لانها جمعة مشروعة اقول وجه الاول ان احدى الشرائط قد فاتت فلا يجوز الدخول
والجواز الائتمام بالمتلبس لا نية المنفية في حق الغير قال وهو خمسة نفر على راي اقول هذا
اختيار السيد المرتضى والمفيد وابن الجنيد وابن ابي عقيل وابي الصلاح وسلار وابن ادريس لعموم الامر خرج
الناقص عن الخمسة اجماعا فيبقى الباقي ولرواية منصور الصحيحة عن ابي عبد الله عليه السلم انه قال يجمع القوم
يوم الجمعة اذا كانوا خمسة فما زاد فان كانوا اقل من خمسة فلا جمعة وقال الشيخ والقاضي وابن حمزة وابن
زهرة يشترط سبعة لقول ابي جعفر عليه السلم تجب الجمعة على سبعة نفر من المسلمين ولا تجب على اقل
منهم ويمنع صحة السند ولمعارضتها الاخبار السابقة فيبقى عموم القرآن سالما قال دام ظله
وفي انعقادها بالعبد اشكال اقول منشاؤه اختلاف الاصحاب وتعارض الادلة قال الشيخ
في المبسوط وابن حمزة لا ينعقد وانها لا تنعقد بجماعتهم منفردين كالاحرار وذهب الشيخ في الخلاف
وابن ادريس الى الانعقاد لعموم الامر وصحتها منه ولان المانع ليس الا حق المولى فاذا اذن لم يمنع مانع
ومنشاء الخلاف ان المعتبر في العدد ان كان اجتماع من يصح منه فالعبد ينعقد به في صورة يصح منه
وان كان اجتماع من هو اهل للتكليف بها فلا ينعقد به والغريب والمريض ان المرض مانع الحكم والوقت اجماعا
قيل انه مانع السبب كالانوثة لنحلها والاقوى عندي عدم الانعقاد به بمعنى انه لو تم العدد الذي هو شرط
الانعقاد به لا بدونه لم تجب قال دام ظله الخطبتان ووقتهما زوال الشمس لا قبله على راي
اقول ذهب الشيخ في النهاية والمبسوط وابن البراج الى ان وقتهما قبل الزوال بحيث تزول
عند الفراغ منهما وقال في الخلاف وقتهما وقوف الشمس واختاره ابن حمزة لقول ابي عبد الله عليه السلم
كان رسول الله صلى الله عليه وآله يصلي الجمعة حين تزول الشمس قدر شراك ويخطب في الظل الاول فيقول
جبرئيل عليه السلم يا محمد قد زالت فانزل فصل والرواية من الصحاح والجواب المراد في الظل

الاول بعد زوال الشمس لان الاول من النسب الاضافات ويحتمل خلافا لهما والثانية للسيد
المرتضى وابن ابي عقيل والمصنف فيهما بعد زوال لقوله تعالى إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة
فاسعوا الى ذكر الله والفاء للتعقيب ولان الاذان وذكر الله هو الخطبة قال دام ظله وقراءة
سورة خفيفة وقيل يجزي الاية التامة الفائدة اقول الاول قول الشيخ في المبسوط والنهاية
والاقتصاد وابن حمزة والقاضي وابن زهرة والراوندي وابن ادريس لما رواه الشيخ في الموثق عن سماعة
قال قال ابو عبد الله عليه السلام ينبغي للامام الذي يخطب الناس الى قوله ثم تقرأ سورة من القرآن
قصيرة الحديث ولانها عوض الركعتين والثاني قوله في الخلاف وابن الجنيد للاصل ولرواية صفوان
بن يعلى عن ابيه سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقرأ على المنبر ونادوا يا مالك ليقض علينا ربك قلنا
المراد السورة وهذا عبارة عنه قالوا يلزم المجاز قلنا جائز دفعا للتعارض ولانه لم يقتصر على الاقتصار
عليها ولم يشترط ابو الصلاح القرآن قال دام ظله والاقرب عدم اشتراط الطهارة و
عدم وجوب الاصغاء اليه وايضا تحريم الكلام وليس مبطلا لو فعله اقول اشترط الشيخ
في الخلاف والمبسوط الطهارة لقول الصادق عليه السلام وانما جعلت الجمعة ركعتين من اجل الخطبتين
فهي صلوة حتى ينزل الامام والاتحاد الحقيقي محال فيحمل على اقرب المجازات وهي المساواة في جميع الاحكام
الممكنة الا ما اخرجه النص وفيه نظر لاحتمال عود الضمير الى الجمعة وتعارض القرب لو خرج قالوا قوله حتى
غاية لقوله فهي صلوة فيفيد المعنى قلنا لا هو غاية للخطبتين اي نهاية الخطبتين نزول الامام سلمنا
لكن ليس المراد الحقيقة الشرعية اجماعا بل المشابهة ويكفي فيها بعض الوجوه وحمله على اشتراط الطهارة
ليس اولى من الحرمة والثواب واحتج للحقيقة للعوبة على الحاد الشرعي عند التعارض ومنعه المصنف
وابن ادريس للاصل والاقوى عندي وجوب الطهارة وهو اختيار المصنف في منتهى المطلب لان النبي صلى
الله عليه وآله فعله في بيان الواجب وداوم عليه والتأسي واجب ويمكن انتقال عود الضمير الى
الجمعة يقتضي التاكيد والى الخطبة التأسيس وهو اولى لوجوده لا يأتي عود الضمير الى الخطبة
واحتج بعضهم بوجوب الموالاة بين الخطبة والصلاة فلو لم يكن متطهرا لزم اهمال الموالاة
والصغرى لفعل النبي عليه السلام ومداومته عليه والكبرى بينة وفيه نظر لانه لا يلزم منه
الاشتراط في الخطبتين ولا وجوبه فيهما لجواز العروض والصغرى في موضع المنع واوجب المعتمد والشيخ في النهاية

الاصغاء

الاصغاء وحرم الكلام لتحصيل الفائدة واختاره المرتضى والبصروي وابن ادريس وابن حمزة وابو الصلاح لقول
الصادق عليه السلام فهي صلاة ولا يرد منع الكبرى اذ كان الوسط اللغوي والصغرى اذ كان الشرعي
وعدم اتحاد الوسط ان كان بالمعنيين فيهما لحمل على مجازه وهو المساواة المذكورة والثاني ينفي فائدة التخصيص
بالخطبتين وقال في المبسوط يكره الكلام ويستحب الانصات واختاره المصنف للاصل ولعدم انكاره عليه
السلام على القائل متى الساعة مكررا قال دام ظله ومع اشتباه السابق بعد تعيينه او لا بعينه او
اشتباه السبق الاجود الاعادة جمعة وظهرا في الاخير وظهرا في الاولين اقول اوجب الشيخ في الاولين
اعادة جمعة لانا حكمنا بوجوب الاعادة عليهما فكان المصر خاليا عن جمعة مستند المصنف انه بدل
صلى فيه جمعة صحيحة ولا تقع فاخرى ووجوب الظهر لا لبطلانهما بل للاشتباه من صحت جمعة واوجب الشيخ في الثالثة
اعادة الجمعة خاصة لتردد كل منهما بين الصحة والبطلان مستند المصنف احتمال سبق احديهما فيصح جمعتهم
فيجب على الاخرى الظهر ولما لم يعلم بعينه حكمنا بوجوب الظهر واحتمال الاقتران المبطل للجمعة فيجب جمعة
على الجميع وهو الاصح قال دام ظله وكلهم لو حضروا وجبت عليهم وانعقدت بهم الا غير
المكلف والمرأة والعبد على رأي اقول الخلاف في العبد والمرأة والمسافر اما العبد فقد مر واما
المرأة فالمصنف والشيخ في المبسوط اتفقا على عدم وجوبها عليها للاصل واوجبها في النهاية عليهما مع
حضورها واختاره ابن ادريس لقول الصادق عليه السلام ورخص للمرأة والمسافر والعبد الا يأتوها
فلما حضروها سقطت الرخصة ولزمهم الفرض واما المسافر فقد اختلفوا فيه ايضا فقال
الشيخ في الخلاف ينعقد به واختاره ابن ادريس وقال في المبسوط لا ينعقد واختاره ابن حمزة واعلم ان
الرواية المذكورة في طريقها حفص بن غياث وهي مجهول وهي مرسلة قال دام ظله ويحرم البيع
بعد الاذان وينعقد على رأي اقول الشيخ في المبسوط والخلاف لا ينعقد وابن الجنيد والمصنف
ينعقد والمأخذ دلالة النهي في المعاملات على الفساد وعدمها قال دام ظله وكذا ما يشبه
البيع على اشكال اقول ينشأ من اشتراكهما في العلة المومى اليها في البعض ومن عدم النص
والاصل قال دام ظله ولو سجد ولحق الامام راكعا في الثانية تابعه ولو قصد رافعا فالاقرب
جلوسه حتى يسجد الامام ويسلم ثم ينهض الى الثانية وله ان يعدل الى الانفراد وعلى التقديرين
لحق الجمعة اقول فيه ثلاثة اقوال ا انه ينفرد واجبا لانه يلزم مخالفة الامام في الافعال

لتعذر المتابعة **ب** يتابع الامام ثم يحذف ما فعل لكن يقدم الامام في الركوع او السجود سهواً التحقق
المتابعة **ج** قول المصنف وهو الاصح وانما ادرك الجمعة هنا لان ما يفعل من الافعال متاخرا عن فعل الامام
اتباعاً للعذر غير مسالانفراد بعد فراغ الامام من الركعة الاولى في حكم المتابع بها واما ادراك الجمعة مع
الانفراد فلانه ادرك الركوع وكل من ادرك الركوع فقد ادرك الركعة وكل من ادرك الركعة فقد ادرك الجمعة و
المقدمات تقدمت **قال** دام ظله ولو لم يتمكن من السجود في ثانيه الامام ايضا حتى قعد الامام
للتشهد فالاقوى فوات الجمعة وهل تنقلب ظهرا او يستانف الاقرب الثاني **اقول** وجه قول الفوات
عدم ادراك الركعة مع الامام فيكون كمن ادرك الامام وقد رفع راسه من ركوع الثانية ويحتمل الادراك لان
الشروط كلها شروط في الابتداء لا الاستدامة وقولهم من ادرك الركوع فقد ادرك الركعة وكل من ادرك
الركعة ادرك الجمعة فعلى الاول يحتمل انقلابه نية الى الظهر لان الجمعة ظهر مقصور لاتحاد وقتهما وتدا
ركها بها وجواز العدول الى السابقة المغايرة ومنها اولى والاقرب لا لابطال لانها صلوة براسها
مخالفة في الشرائط والاحكام ولان الاصل عدم جواز العدول لانه يستلزم تغير النية المعتبرة
في الصلاة المعينة عن تكبيرة الاحرام ولا ينتقل عن الاصل الا بنص وجوازه ثم لورود النص وتساويهما في
وجوب الجمعة والظهر لا للاشتباه

الفصل الثاني في صلوة العيدين

قال دام ظله والاقرب وجوب التكبيرات الزائدة والقنوت بينها **اقول** هنا مسئلتان
ا التكبيرات الزائدة في الصلوة العيد واجبة ام مستحبة اختار المصنف والدي دام ظله
والسيد المرتضى وابو الصلاح وابن الجنيد الاول وهو المشهور لدليل التاسي والفرق وقوله عليه السلام
صلوا كما رايتموني اصلي وقال الشيخ في التهذيب انه سنة وفي اصطلاح الفقهاء السنة المندوب
الذي واظب النبي عليه السلام على فعله حجة الشيخ ما رواه زرارة في الصحيح ان عبد الملك بن اعين سال
ابا جعفر عليه السلام عن الصلاة في العيدين فقال الصلاة فيهما سواء يكبر الامام تكبيرة الصلاة قائما
كما يصنع في الفريضة ثم يزيد في الركعة الاولى ثلث تكبيرات وفي الاخرى ثلثا سوى تكبيرة الصلاة والركوع
والسجود ان شاء ثلثا وخمسا وان شاء خمسا وسبعا بعد ان يلحق ذلك الى وتر لان هذه الرواية على عدم الوجوب
التسبيع خاصة ومن حيث التخيير بين الزائد والناقص يقتضي عدم وجوب الزائد لجواز تركه لا الى بدل
وقد حقق في الاصول وكما لم يجب التسبيع لم يجب التكبير مطلقا لان الناس بين قائل بوجوب التكبير

التسبيع

والتسبيع وقائل بعدم وجوبهما فالقول الثالث عند الامامية باطل **والجواب** حملها على التقية
جمعا بين الاخبار فقد ورد في الصحيح من قول موسى عليه السلام في بيان الواجب ثم يقوم فيقرأ ثم يكبر اربعا
ثم يركع بالتكبيرة الخامسة الحديث وبقول الباقر عليه السلام يكبر خمسا يقنت بينهن ووجه الجمع ما
قلناه اذ سائر الواجب لا يصح حمله على الندب ولا على التقية **ب** القنوت بين التكبير اختلف الفقهاء
في وجوبه فاختار والدي المصنف وابن الجنيد وابو الصلاح الوجوب وذهب الشيخ في الخلاف الى الاستحباب
لنا على الوجوب فعل النبي صلى الله عليه وآله في بيان الواجب المجمل لقوله تعالى فصل لربك وانحر وما يفعل في بيان
الواجب واجب ما صح من قول العبد الصالح عليه السلام ويكبر خمسا ويدعو بينها ثم يكبر اخرى ويركع بها فذلك سبع
تكبيرات بالتي افتتح بها ثم يكبر في الثانية خمسا يقوم فيقرأ ثم يكبر اربعا ويدعو بينهن ثم يركع بالتكبيرة
الخامسة والامر للوجوب **قال** دام ظله ولو ادرك الامام راكعا تابعه وسقط التكبير وكذا
يسقط الفائت لو ادرك البعض ويحتمل التكبير ولاء من غير قنوت ان امكن **اقول** وجه الاول انه سقط
القراءة والقنوت فكذا التكبير ووجه الثاني ان كل واحد منهما واجب برأسه وسقوط احد الواجبين
لا يستلزم سقوط الاخر ولانه ادرك محله والاصل عدم السقوط وهذا اختيار الشيخ في المبسوط **قال**
دام ظله واقل ما يكون بين فرسخي العيدين ثلاثة اميال كالجمعة على اشكال **اقول** ينشا من قولهم
شرائط العيد شرائط الجمعة ومن عدم النص عليه حيث عدوا شرائط العيد والاصل وفعل الفقهاء ومبنى
هذه المسئلة على ان المسافة هل هي شرط في الجمعة او واجبة

الفصل الثالث الكسوف

قال دام ظله ولو ادرك الامام في ركعات الاولى فالوجه الصبر حتى يبتدئ بالثانية ويحتمل المتابعة فلا يسجد مع الامام
فاذا انتهى الى الخامس بالنية اليه يسجد **اقول** وجه الاول انه ان ترك الركوع لم يصح صلوته لانه ركن
فلا يسقط بفواته مع الامام كغيره ولان الامام لا يتحمل شيئا سوى القراءة وان لم يترك فان تابع الامام في
السجود لزم زيادة ركن وهو مبطل والا لزم تركه متابعة الامام وهو ضد ما يقتضي الامامة ولانه قد فاته
من الركعة ركوع فاشبه ما لو فاته الركوع من غير هذه الصلاة ولعموم قول ابي عبد الله عليه السلام اذا ادركت
الامام وقد ركع فكبرت وركعت قبل ان يرفع راسه فقد ادركت وان رفع الامام راسه قبل
ان تركع فقد فاتتك الركعة ولما صح من قول ابي جعفر عليه السلام لا تعتد بالركعة التي لم تشهد تكبيرها
مع الامام ووجه الثاني تحصيل فضيلة الجماعة في بعض الصلاة وجاز ترك المتابعة في مواضع فليجز هنا

الضرورة قال دام ظله ولو قصر زمان الموقت عن الواجب سقطت فلو اشتغل احد المكلفين في
الابتداء وخرج الوقت وقد اكمل ركعة فالاقرب عدم وجوب الاتمام اقول وجه القرب انه يستحيل
ان يكلف بعبادة في وقت قاصر عنها ويحتمل وجوبه لقوله عليه السلم من ادرك ركعة من الصلاة فقد ادرك
الصلاة ولقوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم والحق عندي انه لا يجب الاتمام لظهور استحالة التكليف
بما وهنا ليس وقتا لهذه الصلوة في اصل وضعه وقوله عليه السلم من ادرك ركعة من الصلاة المراد
في وقت يتسع للصلاة في اصل وضعه والعمل الا المراد بالشرعي وهو الصحيح

الفصل الرابع

في صلاة النذر قال دام ظله ولو اوقعها في غير ذلك المكان فكذلك الا ان يخلوا القيد عن المزية والوجه
الاجزاء اقول وجه الاجزاء ان المنذور لا يتغير من رجحانه ورجحان المكان هو المزية فاذا انتفت
لم يلزم التعيين بالمكان ويصح نذر تفعيل الطاعة مطلقا ويحتمل التعيين لان المكان من جملة معنا الا
كون ويختلف باختلافه فاذا اوقع في غيره لم يات بالمنذور فيبقى في عهدة التكليف والتحقيق ان نقول
المكان ان وجبت الصلاة فيه كالمقام او كانت فيه افضل من كل الامكنة تعين بالنذر اجماعا وان
حرم ايقاعها فيه او كره لم ينعقد الوصف اجماعا وغير ذلك لا رجحان على غيره فالوجهان وان اشتمل على مزية
لم يجز عنه الاقل وهل يجزي الاكثر او المساوي الى البحث فيه ويتفرع على ذلك مسئلتان آ لو عين وقتا
مكررا تعين بالنذر اجماعا وفي المكان لا والفرق دقيق ب حكم اهمال القيد الزماني او المكاني
مع لزومه بالنذر عمدا اختيارا فالبحث هنا في مقامين بما ذا يتحقق اهمال القيد ونا الاصل ووجوب
القضاء ووجوب الكفارة اما آ فبفعله في غيره مع مراعاة جميع ما يشتمل عليه الاصل من الصفات الا
القيد مع الترك في ذلك الزمان او المكان ثم تعذر الاتيان به فيه فبهذه القيود الثلاثة يتحقق اهمال القيد
ولذلك فرض المصنف فعله في غيره واما ب فيكون ذلك الترك ليس لعذر شرعي مسقط بل يكون عمدا اختيارا
ويكون ذلك الترك مستلزما للتعذر المذكور وانما قلنا يكون ذلك الترك مستلزما للتعذر المذكور ليخرج الموسع
فانه اذا تركه في اول الوقت لم يظن تضيق لا يدخل في هذا الحكم ويكون هذا القيد ايضا باختياره فاذا كان
كذلك وجبت كفارة النذر والقضاء وهذا القدر على الفقيه واما بيان كيفية كون ذلك الترك مستلزما
لتعذر الاتيان بالفعل في ذلك الزمان او المكان فليس على الفقيه بل على المتكلم والاصولي فان ذكره
الفقيه في علمه كان مقدمة لا مسئلة ويكون متبرعا ومدخلا في علمه ما ليس منه لكنه ينفعه فلذلك

نبه المصنف فقال ان لم يتكرر ذلك الزمان معناه انه لو نذر في زمان معين مشخص لا يتكرر
مثل هذه الجمعة او هذا اليوم او غدا فاذا ترك في هذا اليوم حتى خرج وفعله في غيره ولم يقصد القضا
فانه يتحقق الاهمال لا لعذر شرعي فيه مع تعذر الاتيان به فيه فيتحقق مناط القضاء والكفارة اما
لو تكرر كما لو قال اصلي ركعتين يوم الجمعة ولم يقصد جمعة معينة فانه لا يتحقق وجوب القضاء
والكفارة لان الزمان الصالح لايقاع المقيد بالنذر كلي يكون كالموسع وهو مسئلة من الاصول
ولا يتحقق العدم في الكلي الا بالعدم في جميع جزئياته وهو مسئلة علم الكلام فلا يتحقق الحنث
الا اذا ظن الموت بعده بلا فصل في جمعة ما مثلا في اخره ومات فانه يتحقق الحنث قطعا وتجب عليه
الكفارة واما المكان فانما يتحقق اهمال القيد فيه باحد امرين اما بان يعين الزمان بحيث
لا يتكرر كان يقول اصلي في هذه الجمعة في هذا المسجد ركعتين فيصليهما في غيره ويفوت الزمان المعين ولم
يفعلها في المسجد المعين في النذر واما بان لا يعين الزمان لكن اذا قدر على فعلها في المنذور وعلم انه ان لم
يفعلها في المسجد في ذلك الوقت امتنع عادة منه فعلها فيه فيترك فعلها لا لعذر شرعي يتحقق الحنث ونرجع
الى تفسير المتن فنقول قول المصنف ولو اوقعها في غير ذلك المكان فكذلك اشارة الى انه اذا
فعلها في غير ذلك المكان ولم يفعلها فيه ولم يتكرر الزمان الصالح لايقاعها بحسب النذر كما لو عين الزمان
بهذه الجمعة والمكان بهذا المسجد فانه لا يجزي ويجب عليه القضاء والكفارة وان تكرر الزمان الصالح
لايقاعها فيه كالجمعة مطلقا مثلا او لم يذكر زمانا فانه لا يتحقق بفعلها في غيره وتركها فيه
الحنث الا كما ذكرناه اولا وهذا قريب من حكم الزمان بل هو نفسه ويزيد عليه صفة اخرى
وهي الفعل في المكان وفي قوله فكذلك اشارة الى ان المكان في ذلك تابع للزمان فلذلك قدم الزمان
وعطف عليه حكم المكان ويتفرع على ذلك انه اما ان يعين الزمان والمكان او يطلقهما
او يعين الزمان دون المكان او بالعكس فالاقسام اربعة آ ان يعين الزمان وحكمه ما تقدم ب ان
يعين المكان لا الزمان وحكمه ما ذكرناه ج ان يعينهما وقد مضى حكمه د ان يطلقهما فاذا
ظن التضيق واهمله لا لعذر شرعي وصدق ظنه وجب القضاء والكفارة واما لو لم يظن التضيق واخر
عن اول الامكان حتى تعذر فالاقوى عدم وجوب الكفارة واعلم ان قوله ولو اوقعها في غير ذلك

الزمان وكذا قوله في غير ذلك المكان الضمير راجع الى الصلاة التي نوى بها المنذورة
فقد اوقع المنذورة في غير محلها لان ايقاع نفس المنذورة في غير الزمان او المكان المعين في نذره لا يتصور
فالاتحاد هنا بحسب الصنف وانما طولنا الكلام في هذه المسئلة لانها من علوم ثلاثة علم الفقه والكلام
والاصول قال دام ظله ولو فعل فيما هو ازيد مزية ففي الاجزاء نظر اقول ينشا من ان زيادة
المزية بالنسبة الى الازيد مزية كالا مزية له ولان التعيين لا مدخل له في صحة النذر بل المزية فان وجدت
صح المنذور ومن وجود المقتضي وهو النذر والمزية وارتفاع المانع لان الاصل عدمه فتعين ويتفرع
الساوي واحتمال الجواز فيه اضعف من الازيد قال دام ظله والاقرب وجوب التسليم بين كل
ركعتين اقول وجه القرب ان الاطلاق يحمل على الاغلب والاغلب في المندوب التسليم بين كل
ركعتين ويحتمل عدم الوجوب للاصل وان النذر تناول عددا مخصوصا وهو اعم من ان يكون كل ركعتين عقيبهما
التسليم اولا والعام لا دلالة له على الخاص ويصح الاتيان بالاكثر في تسليمة واحدة على الاقوى
فلا مانع قال دام ظله ولو شرط خمسا ففي انعقاده نظر اقول ينشا من ان النافلة غير
الراتبة لا ينحصر في عدد ووجوب التسليم لا دليل عليه والاصل عدمه ومن انه لم يتعبد الشارع
بمثله والتحقيق ان يقال ان هذا النظر يبنى على مسئلتين آ انه هل يجوز فعل الخمس والازيد بتسليمة
واحدة ام لا اشكال نشا من عدم تعبد الشارع بمثله ولم ينقل عن النبي عليه السلم ولا عن احد
من الائمة عليهم السلام ومن عدم انحصار النافلة في عدد كما تقدم ب على تقدير جوازه هل تتعين
بالنذر ام لا يحتمل عدمه لان هذه الهيئة ليست بواجبة ولا مندوبة وكل متعين بالنذر فهو واجب
او مندوب فهذه الهيئة لا يتعين بالنذر ومن حيث الصلوة عبادة فيصح نذرها وهي تخصص الهيآت
والعوارض من جملة مخصصاتها فاذا اتى بغيرها فقد اتى بغير المنذور والاقوى عندي انه لا يلزمه فيه التسليم
بعد العدد الزائد على ما اتى به الشارع في صلوة ما ولا يبطل نذر اصل الصلوة بل يصح ويتخير في التسليم
عقيب الركعات قال دام ظله ولو اطلق ففي اجزاء الواحدة اشكال اقرب ذلك اقول ينشا من انه
هل يصدق عليها اسم الصلوة حقيقة ام لا الاقوى ذلك لانه يصدق على الوتر اسم الصلاة الشرعية
حقيقة لا لخصوصية واللفظ المشكك والمتواطي بين القليل والكثير يحمل على اقل المراتب لاصالة
براءة الذمة من الزائد ويحتمل ان يقال لا بد من ركعتين لانه الغالب في الالفاظ اذا اطلقت

انما

انما تحمل على الغالب لا على النادر والثاني مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف قال دام ظله
ولو نذر اليومية فالوجه الانعقاد اقول قيل لا ينعقد نذر الواجب لانه اما ان يفيد النذر
الوجوب اولا والثاني هو معنى البطلان لان النذر سبب فاذا لم يترتب عليه اثره بطل والاول
ان افاد الوجوب الحاصل لزم تحصيل الحاصل وان افاد وجوبا آخر لزم اجتماع الامثال ولان معنى
الوجوب ترتب استحقاق المدح والثواب على الفعل والذم والعقاب على الترك ولا يعقل فيها الزيادة
وزيادة المدح والثواب لا يدل على زيادة الوجوب لان المراد المطلق ولان الوجوب هو الترجيح
المانع من النقيض فلا يعقل فيه الزائد وقيل ينعقد للاصل ولان النذر مسلم انه من الاسباب لكن الاسباب
الشرعية معرفات فجاز ان يجتمع على المسبب الواحد اسباب كثيرة لكن ولا يستلزم تحصيل الحاصل
ولا البطلان ولا اجتماع الامثال والى الاول مال الشيخ وابن ادريس لا يقال لا فائدة في النذر لان الوجوب
معلوم قبله فلا يصلح للتعريف ولا التاثير لانا نقول فائدة وجوب الكفارة فيكون المكلف
معه اقرب الى فعل الواجب للاصل اخيرا نا على الكفارة ولا انبرله في اصل الوجوب بل يقرب المكلف وزيادة
دواعيه وهو الاقوى عندي قال دام ظله او مستدبرا ان لم يوجب النذر اقول معناه ان وجب الاستقبال
في النافلة بطل نذرها مستدبرا لان قيد نذره مبطل للصلاة فيبطل النذر وان لم يوجب الاستقبال
انعقد نذر الصلاة مطلقا دون القيد ومعنى قوله انه يجب اي يشترط الاستقبال والحق عندي
انه لا يصح لان الاستقبال شرط في كل صلوة اختيارية لقوله عليه السلم صلوا كما رايتموني اصلي ولم
يصل النافلة الا مستقبلا المقصد الرابع في التوابع قال دام ظله او عجز في ركوعه
وهو قائم فركع فذكر قبل انتصابه كان قد ركع على رأي اقول الذي اختاره المصنف هنا بطلان
الصلاة وهو الظاهر من كلام ابن ابي عقيل وقال الشيخ والسيد المرتضى وابو الصلاح وابن ادريس
انه يرسل نفسه والاقوى الاول لانه زاد ركوعا وكل من زاد ركوعا بطلت صلوته اما المقدمة الاولى
فلان الركوع اسم وضع للانحناء حقيقة وقد حصل ورفع الثاني ليس جزء منه ولهذا يقال رفع راسه
من الركوع واما المقدمة الثانية فاجماعية احتج الاخرون بان الانحناء قدر مشترك فيه والركوع
ليس بمشترك فلا يلزم ان لا يكون الانحناء هو الركوع والجواب انه تميز بالنية فالمنع في الصغرى
قال دام ظله الثاني ما لا يجب فعله شيء وهو نسيان قراءة الحمد حتى يقرأ السورة فانه يستانف الحمد ويعيدها

اوغيرها ونسيان الركوع ثم ذكر قبل السجود فانه يقوم ويركع ثم يسجد ونسيانا السجدتين او احداهما
او التشهد ثم ذكر قبل الركوع فانه يقعد ويفعل ما نسيه ثم يقوم فيقرأ ويقضي بعد التسليم الصلاة على
النبي وآله عليهم السلام لو نسيهما ثم ذكر بعد التسليم وقيل بوجوب سجدتي السهو في هذه المواضع ايضا
وهو الاقوى عندي **اقول** اوجب المفيد سجدتي السهو في ثلاثة مواضع حاسم نسيان السجدة والتشهد حتى يفوت
محلهما والكلام ناسيا واوجبهما السيد المرتضى في مواضع الثلاثة الاول والقيام حال القعود وعكسه والشك بين
الاربع والخمس وحصرها ابو جعفر بن بابويه وجوبهما في القيام حال القعود وعكسه وترك التشهد ناسيا والشك
في الزيادة والنقيصة واوجبهما سلار في نسيان السجدة والتشهد والكلام ناسيا والقعود في حال القيام وعكسه
وزاد الشيخ في الخلاف التسليم في غير موضعه قيل ويدخل في الكلام وفيه نظر لانه قصد به قطع الصلاة بخلاف
الكلام ناسيا وفي المبسوط الشك بين الاربع والخمس واسقط التشهد في الجمل واوجبهما المصنف وابن بابويه في كل
زيادة ونقيصة بطلان عمدا ولا بطلان سهوا لقول ابي عبد الله عليه السلام تسجد سجدتي السهو في كل زيادة
تدخل او نقصان وهذا عندي هو الصحيح **قال** دام ظله ويشترط عدم تخلل الحدث على رأي **اقول** هذا مذهب
المفيد لانه في معرض التمام لقول الصادق عليه السلام ان كان قد صلى ركعتين كانت هاتان تمام الاربع وان
تكلم فليسجد سجدتي السهو وعن الصادق عليه السلام اذا لم تدر اربعا صليت ام ركعتين فقم واركع
ركعتين والفاء للتعقيب قيل انه ان ابطل التعقيب لوجوب القيام لانه قلنا جعل القيام جزءا يقتضي
تعقيب فعله بالشرط ومنعه ابن ادريس واعلم ان مبنى هذه المسئلة ان الاحتياط هل هو جزء او صلوة
برأسه وانحصر قول اهل العلم فيه في ثلاثة **ا** انه صلاة برأسه وهو اختيار ابن ادريس وجماعة لوجوب
النية وتكبيرة الاحرام ولا شيء من الجزء كذلك **ب** انه تمام لحديث المتقدم وفيه منع لجواز ارادة
الجابر **ج** انه تمام من وجه وصلوة منفردة من وجه وهو اختيار والدي المصنف ذكره لي مذاكرة جمعا
بين الادلة وهو الاقوى **قال** دام ظله وفي السجدة المنسية او التشهد او الصلاة على النبي وآله
عليهم السلام اشكال **اقول** الاشكال في تخلل الحدث فقط ومنشأه انه هل هو تمام الصلاة
او هو قضاء لما فات وهو فعل برأسه منفرد عن الصلاة يحتمل الاول لانه انما وجب لكونه جزءا ويحتمل الثاني
لانه اوقعه في غير محله ولانه لو لم يذكرها لصحت صلوته ولانه وقع بعد التسليم ولا شيء من اجزاء الصلوة كذلك
لان ما التسليم يخرج عن الصلاة فهو مناف للصلوة فعلى الاول تبطل لانه تخلل الحدث في اثناء الصلاة وعلى الثاني

لا وهو

لا وهو الاصح وعلى القول باشتراط عدم التخلل المراد به بعد ذكرها قبل مضي زمان يخرج به عن كونه
مصليا فلو لم يذكرها حتى تخلل حدث ومضي زمان يخرج به عن كونه مصليا او خرج الوقت فانها
يخرج عن كونها جزءا ولا تبطل بذلك الصلاة وان تعمد الحدث ويصير الجزء قضاء ويترتب على القواعد كما ذكر المصنف
فيما يأتي **قال** دام ظله وفي اشتراط الطهارة والاستقبال والذكر بسم الله وبالله
اللهم صل على محمد وآل محمد والسلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته
نظر **اقول** القائل بوجوبهما في الصلاة ويشترط الطهارة والاستقبال والثاني تردد فيهما للاصالة
البراءة وقول علي عليه السلام سجدتا السهو بعد التسليم وقبل الكلام والحدث اولى ولانهما سجدتان
واجبتان مكملتان للصلاة التي يشترط فيها الطهارة فالمكمل اولى من المكمل فاشترط فيهما الطهارة
اما الاولى فلانهما جبر للصلاة واما الثانية وظاهر فاشترط فيهما ما يشترط في سجود الصلاة فاما الذكر
فاوجبه ابن بابويه في المقنع والمفيد لرواية عبيد الله الحلبي الصحيحة قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام
يقول في سجدتي السهو بسم الله وبالله وصلى الله على محمد وآل محمد وسمعته مرة اخرى يقول
بسم الله وبالله السلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته وردها ابن الجنيد باستحالة السهو على الامام
وليس بجيد اذ المراد الاخبار لانه سها وانكره آخرون للاصل **قال** دام ظله محلهما بعد التسليم للزيادة
كانا او للنقصان على رأي **اقول** هذا مذهب الشيخ في المبسوط والسيد المرتضى والمفيد وعلي بن
بابويه وابن ابي عقيل لقول علي عليه السلام سجدتا السهو بعد التسليم ولانه فصل كثير ليس منها ولرواية
عبد الرحمن بن الحجاج الصحيحة عن ابي عبد الله عليه السلام في حديث طويل فقلت سجدتا السهو قبل التسليم
هما او بعده قال بعده لا يقال وقع جوابا عمن تكلم في الصلاة ناسيا وهو زيادة لانا نقول
العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب وابن الجنيد ان كانا للزيادة فهما بعد التسليم والا فقبله لقول الرضا
عليه السلام في سجدتي السهو اذا نقصت قبل التسليم واذا زدت فبعده والاقوى عندي انهما بعد
التسليم للزيادة كانا وللنقصان **قال** دام ظله لا يتداخل في السهو وان اتفق السبب على رأي
اقول ذهب الشيخ في المبسوط الى التداخل مطلقا لتعلق وجوبهما على السهو من حيث هو هو
والامر المعلق على شرط او صفة لا يتكرر بتكررهما الا بدليل خارج وليس وذهب ابن ادريس الى التداخل
في المتفق لا المختلف والمصنف كل واحد سبب تام مع الانفراد وكذا مع الاجتماع لانه لا يخرج الحقيقة

عن مقتضاها ولاستلزام التداخل خرق الاجماع او تخلف المعلول عن علته التامة لغير مانع او تعدد العلل التامة مع تشخص المعلول والترجيح من غير مرجح او عدم تساوي المتساويات وفي اللوازم والكل محال والتحقيق ان هذا الخلاف يرجع الى ان الاسباب الشرعية هل هي مؤثرة او علامات

الفصل الثاني في القضاء قال دام ظله وهل يتعين الفائتة مع السعة قولان

اقول الشيخان والسيد المرتضى وابن الجنيد يتعين لقوله عليه السلام من نام عن صلوة او نسيها فليقضها اذا ذكرها والفاء للتعقيب على حسب ما يمكن ولقوله عليه السلام لا صلوة لمن عليه صلوة والمراد نفي الصحة لانه اقرب الى الاصول وهو عام لان الاقرب في الاصول ان النكرة المنفية للعموم وقال ابنا بابويه والمصنف وجدي لا يتعين لقوله تعالى اقم الصلاة لدلوك الشمس الى غسق الليل والمراد اليومية اجماعا وهو عام في المكلفين اجماعا والوقت لصحة الاستثناء ولاستلزام التعيين التكليف بالمحال في المحال ولما صح من قول الصادق عليه السلام ان نام رجل ونسي ان يصلي المغرب والعشاء الآخرة فان استيقظ قبل الفجر قبل ان يصليهما كلتيهما فليصلهما وان خاف ان يفوت احديهما فليبدا بالعشاء وان استيقظ بعد طلوع الفجر فليصل الصبح ثم المغرب ثم العشاء قبل طلوع الشمس ولاستلزام الترتيب جواز كون الصلاة قبل وقتها او تكرار ما ثبت وحدته و الاقوى عندي عدم وجوب تقديم الفائتة على الحاضرة مطلقا وان كانت من يومها **قال دام ظله** ولو صلى الحاضرة في اول الوقت فذكر الفائتة عدل بنيته ان امكن استحبابا عندنا ووجوبا عند آخرين

اقول هذا فرع على وجوب تقديم الفائتة على الحاضرة مع سعة الوقت او استحبابه فعلى قول المصنف باستحباب التقديم يستحب العدول وعلى القول بوجوب التقديم يجب العدول **قال دام ظله** ولو نسي الترتيب ففي سقوطه نظر

اقول المسئلة لو نسي ترتيب الفوائت ومنشأ النظر من تمكينه منه ومن استحالة تكليف الغافل والاصح عندي سقوطه لاستلزامه الحرج المنفي بقوله تعالى ما جعل عليكم في الدين من حرج والاصل فيه ان التعيين في النية هل هو شرط مطلقا او مع الذكر فعلى الاول لان النية للتمييز وعلى الثاني لاستحالة التكليف بالمحال وارتفاعه بالحرج

الفصل الثالث في الجماعة قال دام ظله وفي اشتراط الحرية قولان **اقول** اشترطها الشيخ وابن البراج اذا كان غيرموا ليه واجازها ابن الجنيد وابن ادريس مطلقا وكرهها ابو الصلاح

والاقوى

والاقوى عندي الجواز مطلقا لقوله عليه السلام يؤمكم اقرأكم ولرواية محمد بن مسلم الصحيحة عن احدهما عليهما السلام انه سئل عن العبد يؤم القوم اذا رضوا به وكان اكثرهم قراءة قال لا بأس وترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال يدل على العموم احتج المخالف بقول علي عليه السلام لا يؤم العبد الا اهله وفي السند ضعف **قال دام ظله** ولا يجوز امامة الصغير وان كان مميزا على رأي الا في النفل

اقول هذا مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج لانه ليس من اهل التكليف فلا يقع منه الفعل طاعة لانها امتثال الامر والاشتراط العدالة وهي عبارة عن كيفية في النفس لانها كيفية قائمة بالنفس تحث على ملازمة الطاعات والانتهاء عن المحرمات وكل ذلك فرع التكليف ولعلمه بعدم مؤاخذته بشيء من افعاله ولقول علي عليه السلام ولا يؤم حتى يحتلم وجوز في المبسوط والخلاف امامة المراهق المميز والاقوى تفصيل ابن الجنيد وهو انه ان كان اماما او نائبه صحت امامته والا فلا **قال دام ظله** وتقف الخنثى خلف الرجل والمرأة خلف الخنثى استحبابا على رأي

اقول هذا مذهب المرتضى وابن ادريس واوجبه الشيخان وابن حمزة والاصل فيه ان تقدم المرأة على الرجل او محاذاتها جانبه هل هو مبطل ام لا مع ان ابن حمزة ذهب الى تحريم تقديم المرأة او محاذاتها للرجل في صلوة صحيحة لولا ما بها حائل او بعد عشرة اذرع وجوز في الخنثى ذلك لان المانع الانوثة ولم يعلم والاصل عدم المانع مع قيام المقتضي **قال** دام ظله ولو صلينا داخل الكعبة او خارجها مشاهدين لها فالاقرب وجوب الاتحاد في الجهة

اقول وجه القرب دلالة قوله عليه السلام انما جعل الامام اماما ليؤتم به على وجوب المتابعة في جميع الاحوال ويحتمل الجواز لان كلا منهما صلى الى ما يصح للاستقبال اليه فلا مانع من الائتمام ويظهر من كلام ابن الجنيد الجواز **قال دام ظله** ولو ادركه رافعا من الاخيرة تابعه في السجود فاذا سلم استأنف بتكبيرة الافتتاح على رأي

اقول ذهب الشيخ الى عدم الاستيناف لقول ابي عبد الله عليه السلام اذا سبقك الامام بركعة فادركته وقد رفع رأسه فاسجد معه ولا تعتد بها واورد المصنف بانه زيادة ركن فتبطل وبرواية محمد بن مسلم الصحيحة عن الباقر عليه السلام انه قال ان لم تدرك القوم قبل ان يكبر الامام للركعة فلا تدخل معهم في تلك الركعة والاصح عندي اختيار المصنف

قال دام ظله وفي ادراك فضيلة الجماعة في هذه بنظر اقول يحسا منه لولاه لا ينفث كالتحية المتابعة ولرواية محمد بن مسلم الصحيحة انه قال اذا ادرك الامام وهو في سجدة الاخيرة من صلوته فهو مدرك لفضل الصلاة مع الامام ومن عدم الاقتداء في صلوة وهو الاصح لان الشارع لم يتعبد بشئ من اجزاء الصلاة منفردا عن الكل قال دام ظله الاقرب عدم جواز تجدد الايتمام للمنفرد
اقول وجه الاقرب عدم وروده مثل هذه الصلوة مع ان كيفيات الصلوة متلقاة من الشارع وللنص على بطلان الصلاة للمنفرد او جعلها نافلة اذا حضر الامام ولو جاز الايتمام في اثنائها لكان اولى ولوجوب كل اجزاء الصلاة بتكبيرة الاحرام فيجب القراءة في كل ركعة وبنية الجماعة ان لم تسقطها لزم خرق الاجماع وان اسقطتها كانت منافية للصلاة التي وجبت فلم تجز ويحتمل الجواز وهو قول الشيخ في الخلاف محتجا باجماع الفرقة وهو ممنوع والاقوى عندي انه لا يصح قال دام ظله ومنع امامة الاخرس في حالات القيام للاعلى كالمضطجع للقاعد ومنع امامة العاجز عن ركن للقادر عليه اقول وجه القرب ان نسبة الاستلقاء الى الاضطجاع ومثل القول لا با من احد بعدي جالسا وكذا مساويه وجوز الشيخ رحمه الله ذلك اقتصارا بالمنع على موضع النص ولانه حال يجوز اداء الصلاة عليها فجاز الاقتداء به في تلك الحال ولا يجوز امامة العاجز عن ركن للقادر عليه لعدم توافق نظم الصلاتين ويحتمل الجواز لانها صلوة مشروعة صحيحة فجاز الاقتداء فيها والاصح عندي انه كلما اشتملت صلاة الامام على رخصة في ترك واجب او فعل محرم لسبب قضاها وخلا المأموم من ذلك السبب لم يجز الايتمام من راس لان الايتمام هيئة اجتماعية يقتضي ان تكون الصلاة مشتركة بين الامام والمأموم وان صلاة الامام هي الاصل وهذا متفق عليه قال دام ظله والاقرب وجوب الايتمام على الامي بالقارئ اقول وجه القرب تمكنه من الاتيان بصلوة صحيحة القراءة ويحتمل عدمه لعموم نصين احدهما كل صلى بما يجزي مع عدم التمكن من التعلم وما تنافي بدنية الجماعة في غير الجمعة والعيدين والاول اقوى لانه يقوم مقام القراءة اختيارا مع الضرورة يتعين لان كل بدل اختياري يجب عينا عند تعذر مبدله وقد بين ذلك في الاصول ويحتمل العدم لان قراءة الامام مسقطة لوجوب القراءة على المأموم وتسقط ايضا بعدم القدرة فاذا وجد احد المسقطين للوجوب لم يجب الاحراز

المتعذر

التقدير بان كل واحد منهما سبب تام فالمنشأ ان قراءة الامام هل هي بدل تام مسقطه والاقوى عندي انها بدل قال دام ظله وعدم الاكتفاء بالايتمام مع امكان التعلم اقول وجه القرب عموم الامر بالتعلم وبالقراءة وجواز تعذره ويحتمل الاكتفاء لسقوط وجوب القراءة والاصح عندي وجوب التعلم ولا يكفي الايتمام لا بمعنى انه لا يجزي في الصلاة بل يصح صلوته ويزول التكليف بالصلاة بفعلها مؤتما ولكن يأثم بترك التعلم وهذا هو مراد المصنف من قوله وعدم الاكتفاء قال دام ظله لو جهلت الامة عتقها فصلت بغير خمار جاز للعالمة الايتمام بها اقول يحتمل على ما ذكرناه في الضابط المقدر وهو كلما اشتملت الصلوة على رخصة من ترك واجب او فعل محرم الى آخره انه لا يصح للعالمة بعتقها الايتمام لانه انما جازت صلوة الامة بغير خمار لعدم علمها بالعتق ولم يتحقق في حق العالمة ويحتمل ان يقال بالصحة لان ذلك ليس برخصة لان الرخصة ما جاز فعله مع قيام المقتضي للمنع وهو العلم بعتقها اذ يستحيل تكليف الغافل والتحقيق ما قاله المصنف وهو انه ان اوجبنا الاعادة في الوقت لم يجز لانه اولى بالمنع من الرخصة اذ مع الرخصة لا نحكم بوجوب الاعادة مع تجدد العلم في الوقت فدخل تحت الضابط وفي انسحابه على العالم بنجاسة ثوب الامام نظر اقربه ذلك ان لم يوجب الاعادة مع تجدد العلم في الوقت اقول وجه القرب انها صلاة صحيحة بالتفسير فصح الايتمام بها ويحتمل عدمه لان صلوة الامام انما صحت لجهل المنافي في حق المأموم انما اذا اوجبنا الاعادة ولا يصح قطعا وقد بينا المختار عندنا في الضابط المتقدم

الفصل الرابع في صلاة الخوف

قال دام ظله صلوة الخوف مقصورة سفرا وحضرا جماعة صليت وفرادى على رأي اقول هذا مذهب ابن الجنيد وابي الصلاح وابن زهرة والشيخ في الجمل والخلاف والسيد المرتضى في الجمل والمفيد وابن ابي عقيل وابن البراج وابن ادريس وابن حمزة وهو الاقوى عندي لقوله تعالى ليس عليكم جناح ان تقصروا من الصلاة ان خفتم ان يفتنكم الذين كفروا وليس السفر والخوف شرطين على الجمع اجماعا ولفعل النبي عليه السلم فانه قصر سفرا مع زوال الخوف وليس احدهما بعينه شرطا في الاخر دون العكس لاستحالة الترجيح من غير مرجح لان اشتراط السفر بالخوف يبطله الاجماع وعكسه ينفي سببية الخوف والاستحالة ان يكون السبب التام شرطا في سببية آخر فكل واحد بانفراده سبب تام في وجوب التقصير ولما صح عن الباقر عليه السلم انه سئل عن الصلوة الخوف وصلوة السفر يقصران جميعا فقال نعم وصلاة الخوف احق ان يقصر من صلاة السفر الذي ليس فيه خوف بانفراده وجعل الخوف سببا اقوى من السفر الخالي عنه فلو شرط بغيره كان اضعف

لان السبب تام وهذا ناقص ولكان قد جعل بعض السبب مكانه لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة والكل محال

محال والشرط بعضهم السفر فلم يجعل الخوف سببا ولا علامة وشرط الشيخ وابن ادريس الجماعة السفر بسبب
برايه فلا اعتبار بالخوف واما مع عدمه فدليله قوله تعالى واذا كنت فيهم فاقمت لهم الصلاة الاية بين
كيفية الصلاة بالخوف فيختص عليها وانما اتم مع الجماعة والجواب ان الاية دلت على بيان كيفية صلوة الجماعة عند الخوف لا
اشتراط الجماعة في القصر قال دام ظله ولا حكم لسهو الامام حال المتابعة بل حالة الانفراد ومبداه رفع الامام
عن سجدة الاولى مع احتمال الاعتدال في قيام الثانية والاقرب ايقاع نية الانفراد اقول وجه الاول انه صلى
بالاولى ركعة واخرها الرفع من السجدتين ووجه الثاني انهم جميعا مأمومون اليه فلا فائدة في قطع القدوة
قبله ولانهم ينفردون حين ينتظر الثانية وهو حال الاعتدال في قيام الثانية وهو الاقوى عندي
ووجه الثالث انهم نووا الاجماع فلا يخرجون عنه الا بنية الانفراد وعلى الثالث قيل يجب الانفراد على الفرقة الاولى
عند رفع الامام من سجود الاولى وقيل عند الاعتدال في الثانية

الفصل الخامس في صلوة المسافر

قال دام ظله ولو سافر في اثناء الوقت تمم على راي وكذا لو حضر من السفر في الاثناء اقول
هنا مسئلتان آ اذا سافر بعد دخول وقت الصلاة وجب الاتمام عند المصنف وهو مذهب
ابن ابي عقيل ووجهه انه مخاطب عند الدلوك باربع والسفر لا يسقط ما سبق وجوبه كالغاية والحيض ولانه
لو اسقط لكان ناسخا واوجب المفيد والمرتضى التقصير لان ابا عبد الله عليه السلام سئل فلما دخل وقت
الصلاة وانا في اهلي فلا اصلي حتى اخرج فقال صل وقصر واوجب في النهاية الاتمام مع الاتساع و[القصر]
مع التضيق والتحقيق ان يقول هذه المسئلة مبنية على مقدمتين آ السفر لا يسقط ما وجب قبله وقد تقرر
ب الواجب الموسع يجب باول الوقت وقد تقرر في الاصول ولقوله تعالى اقم الصلوة لدلوك
الشمس واللام للتعليل لما قرر في الاصول فنقول ان الزوال اما ان اوجب عددا غير معين وهو باطل
اجماعا ولاستلزامه التكليف بما لا يطاق فتعين المعين فهو اما الركعتان فتقدم المسبب على السبب وهو محال
او الاربع فلا يسقط السفر منه شيء للمقدمة الاولى ب اذا دخل الوقت وهو مسافر ثم دخل البلد
قبل الصلاة قال المفيد وعلي بن بابويه وابن ادريس والمصنف يجب الاتمام وهو المشهور بين الاصحاب
وقال ابن الجنيد بتخيير بين الاتمام والقصر وقال الشيخ رحمه الله ان اتسع الوقت للتمام وجب والا قصر
احتج الاولون بان زوال السبب يقتضي زوال المسبب ولما رواه العيص بن القسم قال سالت ابا عبد الله

عليه

عليه السلام عن الرجل يدخل عليه وقت الصلوة في السفر ثم يدخل بيته قبل ان يصليها قال يصليها اربعا
واحتج ابن الجنيد بما رواه منصور بن حازم قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول اذا كان في سفر
فدخل وقت الصلوة قبل ان يدخل اهله فسار حتى يدخل اهله فان شاء قصر وان شاء اتم وان اتم احب
الي والجواب المراد ان شاء قصر بان يصلي خارج البلد تقصيرا وان شاء اتم بان يوخر الصلاة الى ان يدخل
البلد احتج الشيخ بما رواه في الصحيح عن اسحق بن عمار قال سمعت ابا الحسن عليه السلام يقول في الرجل
يقدم من سفره في وقت الصلاة فان كان لا يخاف فوت الوقت فليتم وان كان يخاف خروج الوقت
فليقصر والجواب انه محمول على انه قارب دخول البلد فان المراد ان كان يعلم دخول البلد والوقت
باق اتم وان كان يعلم اذا دخل البلد خروج الوقت فليقصر اي وليصل قبل البلد تقصيرا والحق انه متى
كان في جزء من الوقت في البلد وحكمه ثم سافر وجب الاتمام وان حضر من السفر الى مشاهدة الجدران
او سماع الاذان وقد بقي مقدار ركعة وان انتهى وجب الاتمام لا سقاط سبب القصر وثبوت سبب الاتمام
قال دام ظله فان فاتت احتمل وجوب القصر مطلقا وفي غيرها والتخيير مطلقا اقول اذا كان في احد
المواضع التي يتخير فيها بين الاتمام والقصر من اول الوقت الى اخره ولم يصل احتمل تحتم قصر القضاء
مطلقا لان السفر سبب لوجوب القصر باتفاق الامامية وايقاع الاداء في احد المواضع مانع والحكم والقضاء
تابع للسبب الموجب لا تاثير لمانع الحكم فيه بوجه ولان القصر اصل الصلاة السفر والاتمام عارض
بسبب طار فهو رخصة وان كانت افضل ولم يحصل سببها لان السبب هو ايقاع الاداء في احد الاماكن
المعينة والتقدير عدمه فيبقى الاصل على حاله ولان العزيمة مقدمة على الرخصة وقيل القضاء والاداء
متحدان في الماهية وانما يختلفان بالوصفين فكمية القضاء هي كمية الاداء والاداء مخير في كميته
والقضاء كذلك لقوله عليه السلام من فاتته صلوة فريضة فليقضها كما فاتته والاصح عندي التخيير ان
وقع القضاء فيها لاتحاد السبب فيهما فيشترك الحكم بينهما واما في غيرها فيتعين القصر قال دام ظله
ولو بقي للغروب مقدار اربع احتمل تحتم القصر فيهما في الظهر ويصح قضاؤه اقول التخيير في المواضع
المذكورة يتحقق مع اتساع الوقت مع بقاء ركعة كما ان بقي من وقت العصر قدر ركعة يتخير بين اتمامها
تمام اربعا والاشكال انما هو اذا بقي من الوقت قدر المقصورة لا غير فهل يجوز اتمامهما اربعا فيقع
ركعتان في اخر الوقت ام لا يحتمل الجواز لوجود المقتضي وهو كونه في احد المواضع وعموم قوله

عليه السلام من ادرك ركعة من الصلاة فقد ادرك الصلاة فخارج الوقت المتصل به بعد اتمام
الصلاة وقت له مع تضيق وقت الاداء عنه ويحتمل عدمه لان ايقاع بعض الصلاة خارج الوقت
انما جاز لانحصار عدمه في تركها مع تحقق ادراك ركعة او تكليف ما لا يطاق لو كلف بالكل في مقدار
ركعة فيتعين ايقاع الباقي خارج الوقت وهنا لا ضرورة اذ ما اقتصاره على القصر لا يلزم شيء من ذلك فلا يجوز
ولان صلاة القصر وصلاة التمام صلوتان مستقلتان تدخيرا الشارع بينهما وقد فات وقت احديهما فتعين
الاخرى لانه مقتضى الوجوب الموقت على التخيير اذا تقرر ذلك فنقول اذا بقي للغروب مقدار اربع وعليه
الظهر والعصر وهو في احد المواضع المخير فيها فاتمام الظهر لا يجوز قطعا لان التخيير انما يجيء اذا لم يلزم
احدهما ترك واجب وهنا يستلزم اتمام الظهر الاخلال بالعصر ولا يجوز اجماعا والاشكال في
العصر والكلام فيه في موضعين آ انه بعد ان يصلي الظهر قصرا فيبقى منه ركعتان خارج الوقت
فعلى الثاني لا يجوز وهو الاحتمال الاول في الكتاب وهو وجوب قصرهما وعلى الاول يجوز وهو الاحتمال
الثاني في الكتاب وهو قصر الظهر والتخيير في العصر ب ان تم العصر في الوقت فيستلزم فوات الظهر
وقضاه بعده والصحيح انه لا يجوز لان الظهر وجب بدخول الوقت فاتمام العصر في الوقت يستلزم
واجبه قبل ان مقدار الاربع يختص بالعصر مع وجود التمام وقد وجد اقصى ما في الباب انه واجب
على التخيير فلا يخرج الوقت المختص به عنه بفوات وقت الظهر ولان الاوقات جعلها الشارع للصلوة
التمام والقصر رخصة حدثت فلا تغير الوقت لوقوع الظهر المقصورة في وقت العصر رخصة ايضا
لانه يغير وقته بالاصالة وهذا الاحتمال ضعيف جدا والصحيح عندي الاول لان الصلوة خارج
الوقت رخصة في ترك واجب لا يجوز لتحصيل فضيلة لا يجب والى هذا الاحتمال وضعفه اشار المصنف
بقوله ويضعف قضاه اي قضاء الظهر قال دائم الطلب والتجارة على الاقوى اقول اعلم ان خطر السفر
اما باعتبار غايته او آليته واباحته باعتبار اباحتهما معا اذا تقرر ذلك فنقول اذا سافر لصيد
التجارة ولم يلزم من نفس سفره محظور وكانت الغاية والآلية مباحتين فيكون السفر مباحا وكل
سفر مباح يجب قصر الصلاة والصوم لعموم آية القصر وهو اختيار والدي المصنف والسيد
المرتضى وقال الشيخان يقصر الصوم ويتم الصلاة لقول ابي عبد الله عليه السلام واذا التصيد
مسير باطل لا يقصر الصلاة فيه والجواب ان اللام في قوله عليه السلام التصيد ليس للعموم

والا لزم احد الامرين اما عدم التقصير في صيد القوت وهو خلاف مذهبهم والتخصيص
وهو خلاف الاصل وفي قوله مسير باطل دلالة على ان المراد صيد اللهو لان صيد التجارة ليس
بمسير باطل قال دائم الطلب والشرائط واحدة في الصلاة والصوم كذا الحكم مطلقا
على رأي اقول سبب القصر في الصلاة والصوم واحد وهو السفر والشرائط المعتبرة في التقصير
واحدة فيهما فيلزم تلازم حكمهما في القصر وعدمه ففي اي موضع وجب تقصير احدهما وجب تقصير
الآخر وبالعكس فيتبعضا هما متلازمان ايضا والخلاف هنا في مواضع آ صيد التجارة وقد تقدم
ب قصد مسافة وهي اربعة فراسخ قال الشيخ يتخير في قصر الصلاة واتمامها ويحتم الاتمام في
الصوم اما الاول فلانه قد وردت روايات التمام ووجه الجمع التخيير اما الروايات فاحدها رواية
زرارة في الحسن عن الباقر عليه السلام انه قال التقصير بريد والبريد اربعة فراسخ والثانية رواية معوية
ابن عمار الموثق قال قلت لابي عبد الله عليه السلام في كم اقصر الصلوة فقال في بريد الثالثة روى معوية بن وهب
في الصحيح قال قلت لابي عبد الله عليه السلام ادنى ما يقصر فيه الصلاة فقال بريد ذاهبا وبريد جائيا والجواب
انه محمول على الرجوع في يومه لما رواه عبد الله بن يحيى الكاهلي في الصحيح قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام
يقول في التقصير في الصلاة بريد في بريد اربعة وعشرون ميلا ج من كان سفره اكثر من حضره كالمكاري
والملاح اذا اقام في بلده خمسة ايام قال الشيخ في النهاية والمبسوط وابن البراج وابن حمزة يقصر نهارا ويتم
الصلاة ليلا واما الصوم فلا يقصر فيه بل يتم ومنع المصنف وابن ادريس وبعض الاصحاب في ذلك فاوجبوا
الاتمام مطلقا وهو الاقوى عندي احتج الشيخ برواية عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال
المكاري ان لم يستقر في منزله الا خمسة ايام واقل قصر في سفره بالنهار واتم بالليل وعليه
صوم شهر رمضان الحديث اجاب والدي بحمله على تقصير النافلة بمعنى سقوط نوافل النهار عنه
وايضا حمل ذلك في اقل من خمسة ولا يقولون به قال دائم الطلب وفي الناسي اشكال
اقول اذا نوى اقامة عشرة ايام وجب الاتمام فان رجع عن نية الاقامة الى نية السفر فان كان
قد صلى صلوة واحدة تماما لم يجز التقصير لقول الصادق عليه السلام حين سئل عنه ان كنت
دخلت المدينة صليت بها صلوة واحدة بتمام فليس ان يقصر الحديث اذا تقرر ذلك فنقول لو نسي الصلاة
التي يخللها القصر بالكلية حتى خرج وقتها ولم يصل صلاة اخرى تماما احتمل وجوب الاتمام لانه

ثم خرج منها وان كثر ... بعد ما صلى ... فعليه التمام

يجب عليه قضاؤها تماما فكان في حكم المصلي لتحكم النية عليها ولان يحتم وجوب تمام الاداء
والقضاء في سفر غاب عنه الجدران والاذان فيه بعد ان وجب القصر وعلم بها انما يكون لاحد شيئين اما
لانقطاع السفر او انقطاع تابعه اذ لو كانا موجودين على حالهما لاستمر وجوب القصر لكنه لم يتمم
فلا يعود القصر الا باستيناف سفر يوجبه ويحتمل جواز القصر لان الصادق عليه السلم في هذه الرواية
علق الاتمام بفعل صلوة واحدة تماما ولا التقصير على عدم فعلها تماما بلفظة ان فيهما فاقتضى انحصار الاتمام
في الفعل والقصر في عدمه لان ان للشرط وعدم الشرط يقتضي عدم المشروط وتعليق وجوده على وجود اخر
وعدمه على عدم ذلك الاخر يقتضي تساويهما وعدم احد المتساويين يستلزم عدم الاخر ولانه لا يصح تعقيبه
بالفاء الا فيما يستقبل فاستلزام الحكم لا بد يتوقف على اخر والا لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة فيجب القصر
وهذا الاحتمال عندي قوي وانما قيدنا بالناسي اذ الجاهل بدخول الوقت اذا استمرت عليه الغفلة ولم يعلم
وجوب الصلاة وخرج الوقت لا يجب عليه الاتمام قطعا لاستحالة تكليف الغافل ووجوب القضاء هنا لوجود
سبب الوجوب بغير موثر بالفعل ويظهر من الناسي حكم العامد اذ وجوب الاتمام في الناسي يقتضي اولويته ووجوبه
في العامد **قال دام ظله** والاقرب ان الشروع في الصوم كالاتمام **اقول** افادوا الذي المصنف
هنا ان السبب التام في وجوب قصر الصلاة والصوم واحد وتحتم وجوب الاتمام في احدهما كان يوجب تحتم
الاتمام في الاخر وهما متساويان في الحكم فما اقتضاه اتمام احدهما اقتضاه اتمام الاخر ويحتمل عدمه
لانه لم يصل صلاة واحدة على التمام والصادق عليه السلم علق القصر على ذلك قال دام ظله في المرتفعة
اشكال اقول شرط القصر خفاء الجدران لساكني البلد فلو ارتفعت ارتفاعا خارجا عن العادة احتمل اعتبارها
بالنسبة الى معتاده لان اطلاق الشرع انما يحمل على المعهود المعتاد ولانه لو اعتبر الخفاء حقيقة هنا
لجاز ان يودي الى عدم القصر في المسافة بين منزله ومقصده وفي صورة الاربعة مع الرجوع ليومه
والاقرب عندي اعتبار الخفاء حقيقة لان الصادق عليه السلم سئل عن حد يقصر المسافر فقال
اذا تواريت من البيوت وهو من الصحاح واذا تضمن معنى الشرط واذا عدم الشرط عدم المشروط فلا يجوز قبل الغيوبة

باب الزكوة وهي لغة النمو والطهارة وشرعا صدقة راجحة مقدرة باصل الشرع ابتداء وفيه
العدد الواجب في النصاب وعن التقدير زكوة وفيه **ابواب الاول** في زكوة المال وفيه مقاصد
الاول في الشرائط وفيه فصلان **الاول في الشرائط** العامة قال دام ظله ويستحب في غلات

الطفل

الطفل وانعامه على راي اقول هذا اختيار السلار وابن ادريس وهو الاصح عندي لان الزكوة تكليف
والصبي ليس من اهل التكليف ولما صح نقله من قول احدهما عليهما السلم حين سئل عن مال اليتيم
ليس فيه زكوة وقول الباقر عليه السلم ليس في مال اليتيم زكوة واوجب الشيخان وابو الصلاح
الزكوة في غلات الاطفال والمجانين ومواشيهم بقوله عليه السلم في خمس من الابل شاة وهو عام وقال
عليه السلام الصدقة في اربعة في التمر والزبيب والحنطة والشعير ومن الغدر بقوله ليس فيما دون
خمسة اوسق صدقة فلو لم تجب في غلات الطفل ومواشيه لبينه وقال ابن حمزة تجب في مال الصبي ولم
يذكر المجنون لما صح عنهما عليهما السلم انما قالا مال الطفل ليس عليه في العين والصامت شي فاما الغلات
فان عليها الصدقة واجبة قال فتستحب في الانعام للاجماع المركب واعلم ان اجماع اصحابنا على انه قبل انفصال
الحمل لا زكوة في ماله كالميراث لا وجوبا ولا غيره وانما يثبت وجوبا على القول به او استحبابا على الحق بعد
الانفصال فيه يبتدا الحول والتكليف متوجه على الولي وهي من باب الاسباب لا غير وللطفل الاجرة
اعواض دائمة لتسببهما الثواب قال دام ظله ولا الدين على المعسر والموسر على راي اقول الخلاف
انما هو في الدين الحال على الموسر فالمختار عند والدي وجدي مذهب السيد المرتضى وابن الجنيد
وابن ادريس وهو انه لا زكوة في الدين مطلقا اذ متعلق الزكوة المالية غير التجارة وهو الاعيان
المتخصصة لا الماهيات الكلية والدين من القسم الثاني وقال الشيخ في النهاية ان كان تاخير الدين
من جهة المدين فزكوته عليه وان كان من جهة مالكه فعليه الزكوة **لنا** ما رواه محمد بن علي الحلبي
في الموثق عن الصادق عليه السلم قال قلت ليس في الدين زكوة فقال الصادق عليه السلم لا وترك
الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال يدل على عموم المقال ولان كل زكوة صدقة ولا شي من الصدقة
يثبت في الدين فلا شي من الزكوة يثبت في الدين اما الصغرى فلانه تعالى سمى الزكوة صدقة بقوله
انما الصدقات للفقراء الاية وقوله خذ من اموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها واما
الكبرى فلما صح من قول الصادق عليه السلم لا صدقة على الدين ولا على المال الغائب عنك حتى يقع
في يدك ان رجعت الى الجملتين كقول بعضهم فالمطلوب وان رجعت الى الاخيرة فالمطلوب ايضا لدلالته
على دوام النفي احتج الشيخ برواية درست عن الصادق عليه السلم قال ليس في الدين زكوة
الا ان يكون صاحب الدين هو الذي يوخره فاذا كان لا يقدر على اخذه فليس عليه زكوة حتى يقبضه

والنكرة المنفية للعموم والغاية وهو قوله حتى يقع في يدك

اجاب والذي بانه ان صح السند حمل على الاستحباب جمعًا بين الادلة قالوا فالتفصيل رواية الوجوب
وجمع ايضًا ولا مرجح قلنا بل المرجح رواية الحلبي فانه تقتضي النفي الكلي للوجوب فيما قصده الاساك
الجري له ولان في المنفية اما التي للوجوب او للقدر المشترك او الندب الاول المطلوب والثاني يستلزم
اذ نفي الكلي تقتضي نفي جميع جزئياته والثالث لا يستعمل في حال الاطلاق في نفي الاستحباب مع ثبوت
الوجوب واجيب ايضًا عن حجة الشيخ بان مبناه على ان الاستثناء من النفي اثبات وهو ممنوع قلنا
بيّن برهانه في الاصول والاصح عندي اختيار والدي دام ظله لان روايتي النفي احديهما صحيحة
والاخرى موثقة ولم يثبت احد الوصفين في رواية الاثبات قال دام ظله ولو اشترى نصابًا جرى
في الحول من حين العقد على راي اقول اصل هذه المسئلة ان العقد اذا استلزم خيارًا اما
بالاطلاق او باشتراط هل يملك المشتري ملكًا تامًا ويمكن من سائر التصرفات بالعقد او بانقضاء
الخيار فالشيخ على الثاني فلا يجري في الحول قبله وشيخنا والدي على الاول فيجري في الحول من حين
العقد وسياتي مبناه في موضعه قال دام ظله وفي النذر المشروط نظر اقول يريد
ان نذر الصدقة مثلًا بعين معينة هي نصاب زكوي المعلق بشرط قبل حصول الشرط الذي
علق عليه النذر لا يخرج الملك اجماعًا لكن هل يمنع من التصرف قيل لا والا لتقدم المشروط
على الشرط لان منع التصرف انما هو لوجوب صرفه في النذر فعلى هذا تجب فيه الزكوة وينعقد
عليه الحول وتخرج منه وقيل بلى لان صحة النذر يقتضي منعه عن اخراجه عن ملكه لان اخراجه
عن ملكه يوجب بطلان النذر ومنعه عن التصرف يمنع انعقاد الحول فلا يجب فيه الزكوة وهو
الاصح عندي لامتناع انعقاد الحول الموجب للوجوب تعدم مع صحة النذر واستمراره ممكن
استلزام المحال وكلما امكن استلزامه المحال فهو محال اما الاولى فلانهما لو اجتمعا ووقع الشرط
وحال الحول ولم يكن له الا ملك العين استحق الفقير استحقاقًا تامًا ومصرف النذر استحقاقًا
لازم وهو يستلزم اجتماع الضدين واما الثانية فضرورية لامتناع استلزام الممكن المحال
قال دام ظله ولو استطاع بالنصاب ووجب الحج ثم مضى الحول على النصاب فالاقرب عدم
منع الحج عن الزكوة اقول المراد اذا استطاع المكلف بعين النصاب للحج وليس له غيره
فوجب عليه الحج باجتماع شرائط الاستطاعة فبعد وجوب الحج عليه وقبل انقضاء اشهر الحج ولم

بلغ

٢٩

ولم يستطع قبله بغير ذلك ثم تم حول الزكوة لاستحق الفقراء في العين ولعدمت استطاعته
فان بقي وجوب الحج لزم ان يكون فقد الاستطاعة التامة في اول سنة استطاعته قبل اتمام اشهر الحج
غير مسقط لوجوبه وهو باطل اجماعًا وان لم يبق وجوب الحج كان وجوب الزكوة مستلزمًا لارتفاع
الواقع فيرجح الحادث على الباقي ترجيح من غير مرجح لو تمما معًا وهو محال ولان كلما استلزم
ثبوته نفي آخر بانتفاه وجود المنافيين يمنع حدوث الآخر لان شرط وجود الحادث خلو المحل عن منافيه
ولانه كنذر الصدقة وقيل لا يمنع وهو الاصح لان وجوب الحج تتعلق بالذمة فكان كالدين
ووجوب الصرف وهذا المال في الحج قبل الحول كوجوبه في قضاء الدين اذا لم يملك غيره ولم يحجر عليه
فكما لا يمنع هذا لا يمنع ذاك قال دام ظله ولو شرطها على المالك لم يصح على راي اقول اذا شرط المقترض

الزكوة على المقترض صح

ونزل العين بحالها حولًا لم يصح هذا الشرط ووجبت الزكوة عليه لان الزكوة لتزكية صاحب المال باخذها
منه لما له اي تطهيره لقوله تعالى خذ من اموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها فلا يمكن ان تكون من مال
الغير ولما صح من ان الصادق عليه السلام سئل على من الزكوة على المقترض او المقرض فقال على المقترض
لان له نفعه وترك الاستفصال عقيب السؤال مع قيام الاحتمال تقتضي عموم المقال والتعليل يقتضي عدم صحة
الشرط احتج الشيخ برواية منصور بن حازم الصحيحة عن الصادق عليه السلام في رجل استقرض
مالًا وحال عليه الحول وهو عنده فقال ان كان الذي اقرضه يودي زكوته فلا زكوة عليه وان كان لا يودي
اذا المستقرض والجواب لا يدل على مطلوبكم لانه لم يتعرض للاشتراط ولا للوجوب الفصل الثاني
في الشرائط الخاصة قال دام ظله وفي احتساب الثاني عشر من الاول او الثاني اشكال اقول
نشاه من اصالة عدم النقل والحول اللغوي اثنا عشر شهرًا ووجوبه فيه لا يقتضي عدم كونه من الاول
بمعنى انه لا يكون مبدأ الحول ثان ومن ان الاحد عشر شهرًا زمان يجب بمضيه الزكوة وكل زمان يجب
بمضيه الزكوة فهو الحول الشرعي اما الصغرى فاجماعية واما الكبرى فلقول النبي صلى الله عليه
وآله لا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول ولما صح من قول الصادق عليه السلام فلا تزكه حتى
يحول عليه الحول الحديث والاصح عندي عدم احتسابه من الاول لقول الباقر عليه السلام اذا دخل
الثاني عشر فقد حال عليه الحول ووجبت عليه الزكوة والفاء يقتضي التعقيب بلا فصل فاول
جزء منه يصدق انه حال عليه الحول وحال فعل ماض لا يصدق الا بتمامه قال دام ظله ولو ملك اربعين

بقرة وعشرا بعد ستة اشهر فعند تمام حول الثلاثين تبيع او تبيعة وعند تمام الحول للعشرة
ربع مسنة فاذا حال آخر على الثلاثين فعليه ثلثة ارباع مسنة فاذا حال على العشر فعليه
ربع مسنة وهكذا ويحتمل التبيع وربع المسنة دائما وابتداء حول الاربعين عند تمام حول الثلاثين
اقول اما وجوب التبيع في الحول الاول فظاهر لانه تم نصابه وحال عليه الحول واما وجوب
ربع المسنة عند تمام حولها فلانه ملك اربعين تمام ذكره فيجب في العشر ربع مسنة لانا بسطنا المسنة
على اجزاء النصاب مع اعتبار الحول لئلا يضيع على الفقراء او يتضرر المالك وعندي في هذا نظر وسيأتي
ووجه الثاني اعتبار كل نصاب بحوله لتعذر الجمع ووجه الثالث سقوط اعتبار النصاب الاول
عند تملك النصاب الثاني ولا يمكن ذلك لكليهما وان سقط الاول ضاع حق الفقراء وعندي في هذه المسألة
نظر لان الزكوة متعلقة بالعين تعلق الشركة فاذا استحق الفقير عندي تمام حول الثلاثين بقرة من
النصاب بعينه فيلزم شيئا احدهما نقصه عن الاربعين فيبطل حول الاربعين واستونف عند تمام النصاب
الحول وثانيهما ان وجوب اخراج الفريضة بعينها كاشف عن سقوط اعتبار كل ذلك النصاب الذي يخرج عنه
في انعقاد حول آخر في بناء ذلك الحول الذي وجبت الفريضة عند انتهائه لفريضة اخرى اجماعا اما عند فظاهر
واما بالنسبة الى غيره فلتوقف الوجوب في كل واحد على مصاحبة الوجوب في الابتداء توقف بعد لا توقف
دور كذا في انعقاد الحول لانه لو اختل شرط في واحد من النصاب في ابتداء الحول سقط اعتباره في الكل وان لم
يتوقف وجوب الاداء بعد حولان الحول على الكل فقد ظهر اتحاد الكل في انعقاد الحول فمنه من اوله الى آخره
وعلى هذا استقر راي المصنف فلا تحقق لهذه المسائل على راي المصنف بل يتحقق على وجوب الزكوة في الذمة
وليس لنا هذا القول قال والدي المصنف لما سالته ذلك انه يمكن اتمامها على قول الشيخ الطوسي حيث قال
انه يقدم الزكوة معجلة ولا ينقص بها النصاب فعرفنا ان ملك الفقير لا يخرج النصاب عن انعقاد الحول
عنده والاصح عندي انه يبتدي حول الاربعين بعد تمام حول الثلاثين اذ كمل حول الاربعين كان ملك
احد عشر وفرض المصنف ملك عشرة لا ينافيه لظهور المقصد ولا يحتمل عندي غير ذلك وانما طولنا الكلام
في هذه المسألة لانها موضع اشتباه قال دام ظله وفي اشتراط الانوثة قولان اقول شرطها سلار
لقوله عليه السلام في خمس من الابل شاة واسقاط الباء من العدد دليل الانوثة وهو ضعيف لان
تعلق الحكم على الوصف لا يدل على نفيه عما عداه والحق انه لا يشترط لعموم الامر ولقول الباقر والصادق

عليهما

عليهما السلام فرض الله الزكوة مع الصلاة في اموال وسنها رسول الله في تسعة اشياء وعفا عما سواهن
الذهب والفضة والابل الحديث قال دام ظله وبدو الصلاح هو اشتداد الحب واصفرار الثمرة واحمرارها
وانعقاد الحصرم على راي اقول هذا هو المشهور وقال ابن الجنيد لا تجب الزكوة حتى يسمى تمرا او زبيبا
او حنطة او شعيرا وهو يدل على اعتبار الجفاف ومنعه في الحنطة والشعير ظاهر فانه يسمى بذلك اذا انعقد حبه
واما في التمر فقد نقل عن اهل اللغة ان البسر تمر والمنقول على خلافه قالوا متعارف عند العرف قلنا
قلنا المجاز خير من الاشتراك والنقل قالوا راجح في الاستعمال قلنا الحقيقة اولى وان كانت مرجوحة
المقصد الثاني في المحل قال دام ظله وفي اجزاء بنت المخاض عن خمس شياه مع قصور القيمة
عنها بل وعن شاة في الخمس مع قصور القيمة نظر اقول هنا مسئلتان آ اجزاء بنت المخاض عن خمس شياه
اما مع مساواة القيمة او زيادة قيمتها عن قيمة الشاة فيجزي قطعا واما مع قصور قيمتها عنها ففيه
احتمالان الاجزاء لاجزائها عن الاكثر فيجزي عن الاقل اذ النصاب الثاني لا يسقط الوجوب في الاول بل
الوجوب باق وفريضة الثاني تجزي عن فريضة الاولى وعن الزيادة ويحتمل عدمه لان الواجب منحصر في العين
والقيمة وليست باحدهما وهذا هو الحق عندي ب اذ قلنا باجزائها عن الخمس الشياه تجري على الوحدة
اصالة لا بطريق الاولوية واعلم ان مبنى هذه المسائل التي نوردها هنا كهاتين المسئلتين وشبههما هو ان
الشاة الواجبة في خمس من الابل هل هي بدل ام اصل احتمالان ومنشاؤهما تعارض المجاز والاضمار
في قوله عليه السلام في خمس من الابل شاة ولفظة في حقيقة في الظرفية وان حملناه على الحقيقة
لزم الاضمار وهو قدر الشاة فيكون الشاة بدلا دفعا للنقص بالتشقيص المستلزم للضرر
ويعضده اختيار الاصحاب في هو تعلق الزكوة بالعين تعلق الشركة وان حملناه على السببية
لقوله عليه السلام في النفس المؤمنة مائة من الابل كانت اصلا لكثرة استعمال لفظة في في السببية مجازا
فعلى الاول يجري لانا بينا انه مساو لخمس شياه فما زاد لما قلنا في اجزائه على الزائد فيجري عن الواحدة
وعلى الثاني لا يجري مع قصور القيمة قال دام ظله ثم كلما زاد واحدة ففيه اربع على راي
اقول هذا اختيار الشيخين وابن الجنيد لقول الباقر والصادق عليهما السلام واذا بلغت ثلثمائة
ففيه مثل ذلك ثلاث شياه فاذا زادت واحدة ففيها اربع شياه الحديث قال دام ظله وقيل يؤخذ
من كل مائة شاة في الرابع اقول هذا هو قول السيد المرتضى وابني بابويه وسلار وابن ادريس

واما المجتهدون والذي في النهاية والمنتهى لرواية محمد بن قيس الصحيحة عن ابي عبد الله عليه السلام انه قال
ليس فيما دون الاربعين من الغنم شيء فاذا كانت اربعين ففيها شاة الى عشرين ومائة فاذا زادت
واحدة ففيها شاتان الى المائتين فاذا زادت واحدة ففيها ثلاث من الغنم الى ثلثمائة فاذا كثرت الغنم ففي كل مائة
شاة الحديث ويحصل الكثرة بانضمام واحدة اليها وهذا هو الاصح عندي قال دام ظله وتظهر الفائدة في
الوجوب في الضمان اقول لما ذكر ان في ثلثمائة وواحدة قولين احدهما انه يجب اربع شياه والاخر انه يترك
الاعتبار ويجب في كل مائة شاة ذكر مسئلتين يظهر فيهما حكم كل من القولين واليه اشار بقوله وتظهر الفائدة
آ قدر الواجب فانه على الاول اربع شياه وعلى الثاني ثلث شياه واليه اشار بقوله في الوجوب ب الضمان
ويرد في مثال الصورتين آ لو تلفت الواحدة بغير تفريط بعد الحول وقبل امكان الاداء فعلى الاول
يقسط الاربع شياه على ثلثمائة جزء وجزء واحد ويسقط منه جزء واحد وهو اربعة اجزاء من ثلثمائة جزء وجزء واحد
من شاة فيبقى الواجب عليه ثلاث شياه وما ساجزء وسبعة وتسعون جزءا من ثلثمائة جزء وجزء من شاة واما على
القول الاخر فلا يقسط الثلاث على ثلاث مائة جزء وجزء لان الواحدة الزائدة شرط تغير الفرض وليست جزء
من محل الوجوب لتصريح الرواية بانه في كل مائة شاة فلم يتعلق الواجب بالزائدة وفي الرواية الاولى تصريح بتعلق
الفرض بالمجموع المركب من ثلثمائة وواحدة وكل واحد من اجزاء محل مجموع الفرض محل لكل واحد من اجزائه واقول
الساقط ان التالف ان كان زائدا على محل الواجب لم يسقط شيء بسببه وان كان جزءا من محل الوجوب سقط من مجموع
الفريضة ما نسبته اليها كنسبة التالف الى محل الوجوب ب لو تلفت مائة بغير تفريط بعد الحول وقبل
امكان الاداء فالاقوى وجوب شاتين لانعقاد الحول على وجوب شاة في كل مائة ويحتمل وجوب ثلث شياه
لانه مالك لمائتين وواحدة حولا والزيادة لم يكن موثرة لعلم المكلف بانتفاء شرط التكليف فيها ويضعف بانه
عند حصول النصاب الثاني يسقط اعتبار الاول ويبقى سبب وجوب الزكوة مجموع النصاب الثاني وفيه
نظر لانه لو تلف منه واحدة قبل تمام الحول بيوم كان الواجب في النصاب الاول كما وجب انعقد الحول له على
نصابه وهي قاعدة اجماعية فالتلف كاشف قال دام ظله ولو تضاعفت الدرجة فالقيمة السوقية على راي
اقول اذا كان ما عنده اكثر او اقل مما وجب عليه بدرجتين كبنت المخاض والحقة قال الشيخ رحمه الله
في المبسوط وابو الصلاح يخرج بتضاعف الجبران وقال ابن الجنيد والذي للمصنف وابن ادريس يخرج
بالقيمة السوقية لان تقدير الجبران انما كان بنص الشارع وغيره عدول عن النص بغير دليل فلا يصح الجبران

جز

بنت المخاض مع شاتين مساوية لبنت اللبون وبنت اللبون مع شاتين مساوية للحقة ومساوي المساوي
مساوي فبنت المخاض مع اربع شياه مساوية للحقة والجواب ان المعتبر عين بنت اللبون مع الشاتين لا ما ساواها
وهكذا في ثلث درجات وقوله ولو تضاعفت الدرجة يريد به في اسنان الزكوة من الابل لا غيرها فلو دفع
عن الجذعة ثنية مع طلب الجبران لم يجز والصحيح عندي ولا مع عدم الجبران مع النقصان في القيمة
السوقية لانها ليست من اسنان الابل المأخوذة في الزكوة قال دام ظله العلس حنطة حبتان منه في كمام
على راي اقول قال بعض الاصحاب العلس نوع برأسه لا يجب فيه الزكوة وهو اختيار المصنف في المختلف وابن
ادريس للاصل ولقول الصادق عليه السلام فرض الله الزكوة مع الصلاة في الاموال وسنها
رسول الله صلى الله عليه وآله في تسعة اشياء وعفا عما سواهن في الذهب والفضة والابل والبقر
والغنم والحنطة والشعير والتمر والزبيب الحديث والاصل عدم الترادف وقال الشيخ انه نوع من
الحنطة ويجب فيه الزكوة لانه لما كانت معرفة الحقائق في انفسها امر مشكل علق الشارع الاحكام
على الاسماء وانما يعرف الوضع من اللغة وقال صاحب الصحاح العلس ضرب من الحنطة يكون حبتان
منه في قشر وهو طعام اهل صنعاء قال دام ظله والسلت يضم الى الشعير لصورته ويحتمل الى الحنطة
لاتفاقهما طبعا وعدم الانضمام اقول الاول قول الشيخ ووجهه ان الاجسام اذا تساوت
في الصورة النوعية اتحدت الماهية فيتساوى كل الافراد في الاثر الموضوع للماهية الكلية
فيتساوى في الحكم المعلق عليه والثاني قول بعض الاصحاب لان الطبيعة صادرة عن الصورة النوعية
معلولة لها فلما لم توجد الطبيعة الصادرة عن الشعير علمنا عدم الصورة النوعية التي باختلافها يختلف
الماهية فلم يكن من الشعير ووجد خاصة الحنطة فيه وهو الطبيعة المختصة بها كان منها ووجه
الثالث اختلافهما عرفا ولغة والاحكام منوطة بهما والاصل وقال صاحب الصحاح السلت
ضرب من الشعير ليس له قشر كانه الحنطة وهو يقوي الاول والاقوى انه لا يضم الى احدهما في الزكوة
قال دام ظله وهل الاعتبار في الاغلبية بالاكثر عددا او نفعا ونماء الاقرب الثاني اقول
الكثرة حقيقة في الكم المنفصل وهو العدد واللفظ عند الاطلاق انما يحمل على حقيقته والاغلب
المراد به الاكثر ووجه الثاني ان الزكوة تابعة للنمو فكان اعتباره اولى وهو الاصح عندي

المقصد الثالث فيما تجب الزكوة: قال دام ظله الاول مال التجارة على راي

أقول: اختلف علماؤنا في زكاة مال التجارة على قولين فالأكثر على الاستحباب وهو اختيار
الشيخين والمرتضى وأبي الصلاح وابن البراج وسلار وابن أبي عقيل والدي وجدي وهو المختار عندي
وقال بعضهم بالوجوب وهو الظاهر من كلام ابني بابويه لنا الأصل وما رواه زرارة في الصحيح
قال كنت قاعدا عند أبي جعفر عليه السلام وليس عنده غير ابنه جعفر فقال يا زرارة إن أبا ذر وعثمان
تنازعا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله فقال عثمان كل مال من ذهب أو فضة يدار ويعمل به ويتجر به
ففيه الزكاة إذا حال عليه الحول وقال أبو ذر أما ما اتجر به أو دير وعمل به فليس فيه زكاة إنما الزكاة
فيه إذا كان ركازا أو كنزا موضوعا فإذا حال عليه الحول ففيه الزكاة فاختصما في ذلك إلى رسول الله
صلى الله عليه وآله فقال عليه السلام القول ما قال أبو ذر وفي الصحيح عن هشام بن سالم قال سأل أبو
عبد الله عليه السلام عن رجل كان له مال كثير فاشترى به متاعا ثم وضعه فقال هذا متاع موضوع
فإذا أحببت بعته فيرجع إلي رأس مالي وأفضل عليه هل عليه فيه صدقة وهو متاع قال لا حتى يبيعه قال
هل يؤدي عنه إن باعه لما مضى إذا كان متاعا قال لا احتج الموجبون بما رواه أبو الربيع الشامي
عن الصادق عليه السلام في رجل اشترى متاعا فكسد عليه متاعه وقد كان زكى ماله قبل أن
يشتري به هل عليه زكاة أو حتى يبيعه فقال إن كان أمسكه التماس الفضل على رأس المال فعليه الزكاة
وفي الحسن عن محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام نحوه ولعموم الأمر والجواب أن الرواية إن سلم سندها
فهي محمولة على الاستحباب لما تقدم وعموم الأمر ممنوع لورود البيان بالرواية المخصصة المذكورة قبل
قال دام ظله ولو اشترى بنصاب زكاة في أثناء الحول متاعا للتجارة استأنف حولها من حين الشراء على رأي
أقول الأصل في هذه المسألة أنه هل يبني حول التجارة على حول العينية أم لا فالوالد والمصنف
لا مطلقا وقال الشيخ يبني على حول النقد لا غيره بمعنى أن العوض الذي ملكه عوض التجارة إن كان
نصابا من أحد النقدين فقد انعقد عليه حول العينية حولا للتجارة على حول المالية وإلا لم يبن وإن
كان من جنسه احتج المصنف بقول النبي لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول فحول العينية انقطع
بخروج المحل وحول التجارة متأخر عن سببه وهو عقد المعاوضة لها لاستحالة تقدم المسبب على سببه
ولاختلاف شروط الزكاتين والمحل فإن محل العينية الشخص لا النوع ومحل التجارة القيمة احتج
الشيخ رحمه الله بأن قدر الزكاة فيهما واحد ومتعلقهما واحد لأن العينية متعلقة بالنقد والتجارة

متعلقة

متعلقة بقيمة المتاع وهو من جنس النقد فصار إبداله بجنسه ويبني في العينية إذا أبدله بالجنس على حول
الأصل عنده ففي التجارة أولى وكونها عينية وللتجارة اختلاف في السبب لأن الأسباب الشرعية علامات لا مؤثرة
زوال أحدهما مع بقاء الآخر والجواب المنع من اتحادهما واتحاد متعلقهما واعلم أن مبدأ حول التجارة
على قول الوالد دام ظله من حين المعاوضة الأولى لها مع بلوغ النصاب واجتماع الشرائط وعند الشيخ كذا إلى حين
الشراء لها مثلا بنصاب من أحد النقدين وإلا فابتداء حول ذلك النصاب قال دام ظله ولو عاوض أربعين
سائمة بمثلها للتجارة استأنف حول المالية على رأي أقول في هذا الكلام مسألتان من حيث إنه لم يعد
قوله ولو عاوض أربعين سائمة بأنها للعينية أو للتجارة ثم قيد في مثلها بأنها للتجارة أ إذا كان عنده
أربعون شاة سائمة ستة أشهر للقنية ثم عاوضها بمثلها للتجارة فابتداء حول التجارة عند شيخنا والشيخ من حين ملك الثانية
ولا يبني حول التجارة على حول العينية لأن المسبب لا يتقدم على السبب ولأن متعلق زكاة التجارة القيمة والماشية
ليس من جنسها فالسائمة بالحول زكاة التجارة لم يكن المعاوضة للتجارة معتبرة وعند الشيخ يبني حول العينية في الثانية
على حول العينية في الأولى ويختلف حولا العينية والتجارة فيقدم العينية هاهنا عند الشيخ قطعا لقوتها لوجوبها
وتقدم حولها وأما عند شيخنا دام ظله فيستأنف حول العينية لانقطاعه بالمبادلة وللتجارة ويتساوق
الحولان من حين ملك الثانية ب وهي التي فرضها الشيخ في المبسوط وهي إذا كانت الأولى للتجارة
والمسألة بحالها ثم عاوضها بمثلها للتجارة أيضا فلا خلاف في بناء حول التجارة على حول الأولى وإنما
النزاع في بناء حول العينية فقال الوالد المصنف وجماعة إنه يستأنف حول العينية على الثانية إذ كل واحد
منهما لم يحل عليها الحول ولأن محل الزكاة العين الشخصية لقول النبي عليه السلام في زكاة الغنم في
سائمتها والسوم من عوارض الشخص لا الكلي ورجح الشيخ في المبسوط بناء حول العينية على حول الأولى
فإذا تم للثانية ستة أشهر أخرى أخذ العينية لأنه يصدق عليه أنه ملك أربعين سائمة طول الحول فيدخل في قول
الصادق عليه السلام فإذا كانت أربعين ففيها شاة ولأن محل الوجوب الماهية النوعية وأن الشارع
إنما علق الأحكام على الماهيات الكلية ولأنه لو ملك غنائم فالنصاب المطلق لا المشخص واعلم أن قوله
استأنف حول المالية لا يريد به إبطال حول التجارة فإن الفريقين اتفقا على أن حول التجارة باق لكن عند
الشيخ الطوسي يتساوق الحولان من المبدأ فيتمان معا فإن اختل بعض شرائط إحدى الزكاتين قبل
نهاية الحول بسبب الأخرى مانعا واستمرت الأمور المعتبرة في كل واحد منهما إلى نهاية الحول

العينية صح

قدمت لعدمه لوجوبها وندبية تلك وقيل وعلى وجوبها ايضا للاختلاف فيها بخلاف العدم وقيل يقدم زكوة
التجارة لعمومها في جميع اصناف الاموال وزيادتها بزيادة القيمة فهي انفع للمساكين والاول اصح قال دام ظله ولو
ظهر في المضاربة الربح ضمنا حصة المالك الى الاصل واخرجا منه الزكوة ومن حصة العامل ان بلغت نصابا وان لم ينض
على راي لان الاستحقاق اخرجه عن الوقاية اقول المراد بالاصل هنا قدر راس المال لانه لا بد وان يكون من احد
النقدين والا لم تصح المضاربة والربح زيادة قيمة العرض المشترى لها به عليه او بيعها من يشتري بالشراء بها كانت
وضمنا في قوله ضمنا تكميل النصاب بالربح لو لم يبلغ الاصل نصابا او جعله نصابا ثانيا ان بلغ الاصل النصاب الاول
اذا المعتبر هنا نصاب احد النقدين لما مر وسمي الثاني ضما مجازا لانه لا يعتبر النصاب الثاني الا مع وجود النصاب
الاول واجتماع الشرائط فيه فقال استعمل اللفظ في قدر المشترك بين حقيقته ومجازه مجازا اذا تقرر ذلك
فيقول حول الاصل من عقد البيع لها او ضمنها وبلوغ النصاب وحصول جميع الشرائط واما الربح فحصول حصة المالك
منه من حين الظهور ومع انتهاء حوله له ان يخرج منه او عنه واما حصة العامل فمبني على الملك وتحقيقه مذكور
في باب المضاربة وبما في فارقنا علمه بالظهور رغبته ابتداء حول حصته لانه مالك متمكن من التصرف وهل له اخراجها منه
بنفسه قبل القسمة قيل لا بل القسمة شرط في امكان الاداء الا ان ربحه وقاية لراس المال لما لعله يكون من
الخسران فيتعلق حق المالك به للوقاية فيمنع استقلاله بالاخراج منه وقيل نعم لان استحقاق الفقراء يجزيه يخرج
ذلك القدر المستحق عن الوقاية ولان الزكوة من المؤن التي تلزم المال كاجرة الدلال والكيال وكوحن حطة
عند التجارة واجرها بينه من الربح فكذا هنا والقولان للشيخ في المبسوط وقوى الثاني قال دام ظله
والاقرب انه لا منافاة بين الوقاية والاستحقاق فيضمن العامل الزكوة لو تم بها المال اقول فقد ظهر
من تقرير القولين المتقدمين ان القائلين بهما بنوا القولين على المنافاة بين الوقاية واستحقاق الفقراء
الاستيفاء قبل القسمة فاصحاب القول الاول رجحوا الوقاية على الاستحقاق فنفوه عاجلا وجعلوا
القسمة شرط امكان الاداء واصحاب القول الثاني رجحوا الاستحقاق على الوقاية فنفوا الوقاية وجعلوا
القدر المخرج غير مضمون والذي المصنف دام ظله لغيار مذهبا اخرجنا القولين وهو انه لا منافاة بين
الاستحقاق والوقاية لان الامكان ممكن اذ لا يحصل العلم بالخسران وسبب استحقاق الفقراء موجود بالفعل الان
ولا مانع الا حق المالك وهو يندفع بضمان العامل اياه كالمهر اذا حال عليه الحول قبل الدخول فانما ضمنه العامل
لحصول الثواب له والتحقيق ان النزاع في تعجيل الاخراج بغير اذن المالك بعد تسليم ثبوت الزكوة ليس يوجد الا بالامكان

ضرر

ضررا للمالك بامكان الخسران واعتباره لا يعارض استحقاق الفقراء بالفعل لان امكان احد المتنافيين
لو نفى ثبوت الاخر فعلا لما تحقق شيء من الممكنات ولان الزكوة حق لله والادمي فكيف يمنع مع وجود
سببه لامكان حق الادمي بل لو قيل ان حصة العامل قبل ان ينض المال لا زكوة فيها لعدم تمام ملك العامل
والا لملك بحصة كان قويا وهو الاقوى عندي قال دام ظله ولو اشترى بمعلوفة للتجارة ثم اسامها
فالاقرب استحباب زكوة التجارة في السنة الاولى اقول هذه المسئلة واشباهها فروع قاعدة كلية
هي انه اذا كمل نصاب الزكوتين وشرائطهما واختلف الحولان في ابتدائه ثم استمر في السوائم ولا يتصور سبق
حول العينية فيها على قول والذي للمصنف دام ظله لان تعلق زكوة التجارة حين ملكه فلا تسبقها العينية
الا بتعلقها قبل تملكه بعد الذي عرض ثم استمر لبيه والمبادلة قاطعة الحول العينية لانها مانعة الحسن
وتقطع اجماعا او به وتقطع عند المصنف فيها امتنع سبق حول العينة في الفرض المذكور فرض المصنف في هذه
سبق حول التجارة لامكانه ومثاله انه اذا اشترى اربعين شاة معلوفة بشاة للتجارة ثم تعد ستة اشهر
اسامها فان الحولين يتقدم حكمه ومبناه على ان الباقي هل يمنع حدوث الحادث اما وان الحادث يرفع الباقي
وقد حقق في علم الكلام فعلى الاول يقدم زكوة التجارة وان كانت مستحبة لوجود سببها عند ابتداء
حولها واستغنا المانع اذ ليس الا انعقاد حول العينية اجماعا وهو مسبب بعد بتعبيد فلا يعارض الموثر
ولا يعد القريب الذي يجري رتبة الحكم بالاصل وهذا هو اختيار المصنف وعلى الثاني يقدم حكم حول العينية
لوجوبها فهي اقوى فعلى هذا الاحتمال الحكم فيه على القول باستحباب زكوة التجارة انه لا يكره له تاخير الاخراج
الى اخر حول العينية وان بقيت شرائطها وحينئذ لعدمه وظهر سقوط ذلك الاستحباب ولو اختل شيء من شرائطها ظهر
ثبوت الاستحباب وبقاؤه قوله والاقرب استحباب الى اخره اشارة الى هذا الاحتمال والخلاف من قال بوجوبها
عند تمام الحول الاول فان كثر القائلين بوجوب زكوة التجارة قدمها على العينية هنا هذا على القول الصحيح
بان الزكوتين لا يجتمعان وهو قول الاكثر ونقل ابن الجنيد اجتماعهما احدهما وجوبا والاخرى استحبابا
قولا لبعض اهل العلم وليس بجيد قال دام ظله وفي زكوة نتاج مال التجارة منها نظر اقول يفرض في
الحيوان ولا فنقول اذا اشترى جارية للتجارة مثلا ثم حملت احتمل كون الحمل ملحقا بمال التجارة
لان الولد جزء من الام فله حكمها ولهذا زعم الشيخ واتباعه انه يدخل في بيعها ولان في عرف اهل التجارة
ان زوائد مال التجارة من فوائد التجارة فكان ربحا وقيل لا لان النماء الذي يفيد العين لا بسبب

الا سنما أنطر في التجارة فلا تجعل مال تجارة وهكذا ثمار الاشجار واجرة الدار ولانه ليس باصل
لعدم صدق حده عليه وليس بربح لان الربح جزء من قيمة السلعة التي هي متعلق الزكوة فهو جزء من محل
الزكوة بخلاف الثمار ويتفرع على القولين ثبوت زكوة التجارة فيه كالربح وكونه وقت تحصيله راس المال
ويكمل نصابها به وعدمهما والحق الثاني لان الربح زيادة حكمية ثم تصير عينية قال دام ظله فعلى
تقديره فالعشر المخرج لا يمنع من انعقاد حول التجارة على الثمرة وعلى الاصل اقول هذا تفريع على القول
ان نتاج مال التجارة مال التجارة وتتعلق به زكوة التجارة وتقريره انه لو اشترى نخلاً للتجارة فاثمر وقيمة النخل
نصاب وكان في الثمرة النصاب فانه هنا يتصور سبق زكوة العين بان يبدو صلاح الثمرة قبل تمام حول التجارة
وكذا فرضها المصنف فتجب العينية في الثمرة لوجود سببها فهنا مسئلتان آ العشر المخرج لا يمنع اعتبار
التجارة في الثمرة في المستقبل بل تثبت في الاحوال الآتية ويكون مبدأ حول التجارة فيها بعد وجوب اخراج العشر
بلا فصل لا من بعد بدو الصلاح بلا فصل وان كان وقت بدو الصلاح وقت الوجوب لان عليه بعد بدو الصلاح
تربية الثمار بما يكون فلا يجب عليه وقت التربية فقوله العشر المخرج لا يمنع من انعقاد حول التجارة على
الثمرة بمعنى انه لا يمنع ابتداء انعقاده لا بمعنى تمام حول التجارة على الثمرة اذا بدا صلاحها في اثنائه لان مبدأه
ظهورها لانه هدر ما مضى منه لنفي الثني في الصدقة على المال الواحد في الحول الواحد لا يقال حقان
واجبان بسببين مختلفين في وقتين متغايرين فلا يسقط احدهما بالآخر كفطرة العبد المشتري للتجارة
وزكوة التجارة لانا نقول يلزم ثبوت زكوتين في مال واحد في حول واحد وهو منفي بالحديث الصحيح ب هل يسقط
زكوة التجارة عن قيمة جذع النخل لو اتفق نهاية حولها وبدو الصلاح في وقت واحد قال الشيخ في المبسوط نعم
اذ المقصود الثمار وقد اخذ زكوتها والاصح ما قاله المصنف انه لا يسقط لان قيمة النخل ليس فيها زكوة
العين فصار محل الزكوتين فعلى قول الشيخ لو بدا الصلاح في ابتداء حول قيمة الاصل للتجارة وبان كمل نصابا حينئذ
منع من انعقاد حول التجارة على قيمة النخل ابتداء ولو بدا الصلاح في اثناء حول قيمة النخل قبل تمامه بطل استدامته
بمعنى انه لو كان بعد مضي ستة اشهر مثلا كانما تقدر ولا تحتسب من حول قيمة النخل للتجارة فيمنع دوام
انعقاده وعلى قول شيخنا المصنف لا يمنع انعقاد الحول على قيمة النخل في الحالين فهذا معنى قوله ولا على
الاصل اي العشر المخرج لا يمنع استمرار انعقاد حول التجارة على قيمة النخل فلا يهدر ما مضى فقد ظهر
ان المراد بالانعقاد في المسئلتين معنيان متغايران وكذا المنع وانما طولنا الكلام لانه موضع اشتباه

قال دام ظله وفي ضم ما يزرع مرتين في السنة كالذرة بعضه مع بعض نظر اقول هنا اصل يبنى
عليه وهو انه لا يضم زرع سنة الى زرع سنة اخرى في تكميل النصاب اجماعا والخلاف في ان الزراعة لعروض
الزرع فيها لمن يتصدى للزراعة ولا يزال يزرع الى شهر او شهرين او خمسة لا يقدح بل هي معدودة زرعا
واحدا ويضم بعضها الى بعض مع اتحاد الجنس اجماعا بقي هنا مسئلة وهي ضم ما يزرع في السنة مرتين بان يقع
الزراعتان والحصادان في سنة واحدة بان يكون بين زرع الاول وحصاد الثاني اقل من اثني عشر شهرا
عربية فيحتمل الضم لانه كاختلاف الاوقات لاتحاد السنة ومن حيث استقلال كل زرع بنفسه زرعا
وحصادا فكان كالسنتين ولانه لا اعتبار بالحول بل بالادراك والاصل انه لا يضم مختلف الادراك بعضه
مع بعض حول في الزرعة الواحدة للشك فيتعين البقاء على الاصل المقصد الرابع في المستحق وفيه
فصلان الاول في الاصناف قال دام ظله واختلف ايهما اسوأ حالا فقيل الفقير للابتداء
بذكره الدال على الاهتمام ولقوله تعالى اما السفينة فكانت لمساكين ولتعوذ النبي صلى الله
عليه وآله من الفقر وسؤاله المسكنة وقيل المسكين للتأكيد به ولقوله تعالى او مسكينا ذا متربة
اقول اتفق الكل على ان الفقراء والمساكين اشتركا في موجب الاستحقاق وهو وصف عدمي عدم
ملكه وهو مؤنة ما له يكفيه وعياله الفقراء لو لحق لنفقه عليه لو كان يعينها ولا يقدر على كسبه لقوله
عليه السلام لا صدقة على غني ولا ذي مرة سوي وعلى ان احدهما اسوأ حالا من الآخر بمعنى انه لا مال له ولا
كسب يقع موقعا من حاجته والآخر احسن حالا اي له مال او كسب يقع موقعا من حاجته لكنه لا يكفيه فقيل
الاول الفقير من الفقر كانه اصيب فقاره قال الجوهري رجل فقير من المال والثاني المسكين من السكون
كان العجز اسكنه قال الاصمعي المسكين احسن حالا من الفقير وهذا اختيار الشيخ في الجمل والمبسوط وابن
حمزة وابن ادريس وقيل الاول المسكين قال ابن السكيت الفقير الذي له بلغة من العيش والمسكين الذي لا شيء له
ونقل قول ابن الاعرابي ان الفقير الذي كانت حلوبته وفق العيال فلم يترك له سبد وهو اختيار
الشيخ في النهاية والمفيد وابن الجنيد وقد ذكر المصنف دليل الفريقين وفي الاخير نظر وان الاستعمال
الدال على الحقيقة مع الاطلاق اما مع التقييد بوصف يصلح ان يكون قرينة المجاز فلا وهنا قيد المسكين
بكونه ذا متربة يجاز كونه قرينة ارادة الفقير مجازا او اجاب والدي عنه بان المجاز خلاف الاصل وهذا
البحث ليس من علم الفقه بل بحث لغوي تنبيه الكسب المانع هو ما يليق بحاله ومرتبته اذا لم يمكن

مشغولاً عنه باشتغال بعلم ديني وعمل واجب لا بنقل العبادات ويظهر فائدة الخلاف فيما إذا قبضه
الفرض عن أكثر من واحد فالأفضل الاستواء حالاً وفي النذر والوصية والكفارات فإن الكفارة للمساكين
فإن يكون الفقير أسوأ المستحق والأولى قال دام ظله ولو قصر الكسب جاز أن يعطى أكثر من التتمة على رأي
أقول هذا هو المشهور لأنه مستحق للزكوة فلا يتقدر بقدر ولقوله تعالى إنما الصدقات للفقراء
والمساكين ويملك أحدهما بعض قوت سنته إجماعاً وجه الأشد لا لمن جهة التسوية وكون الآية
بياناً للمصرف والأصل فيه أن المقصود غنا الفقير وهو لا يتقدر بقدر بل كلما زاد كان
أولى والمقصود في صورة المكاتبين والغارمين أداء مال الكتابة والدين وهو لا يقبل الزيادة
والنقصان وقال بعض الأصحاب لا يجوز لأن الزكوة شرعت لدفع حاجة الفقير وهي تحصل بالتتمة ولرواية
زرارة ومحمد بن مسلم الحسنة عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال فرض للفقراء في مال الأغنياء ما يسعهم
ولو علم أن ذلك لا يسعهم لزادهم علل عدم استحقاقهم الزائد باكتفائهم بالانقص وهو معارض بغير المالك
بشيء أصلاً قال دام ظله الرابع المؤلفة قلوبهم إلى قوله وقيل المؤلفة الكفار خاصة أقول الأول
قول المفيد وابن إدريس واحتج الأولون بعموم الآية ولرواية زرارة ومحمد بن مسلم الحسنة عن أبي عبد الله
عليه السلام أنه قال إنما يعطى من لا يعرف دينه ليرغب في الدين فيثبت عليه الحديث علل بالرغبة في الدين
والتثبت عليه لكنه يقتضي التعدي احتج الآخرون بأن الزكوة مودة لأنها معونة وإرفاق وكل
مودة لكافر منهي عنها حرام لقوله تعالى لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون
من حاد الله ورسوله خرج إعطاء المنافق إجماعاً فيبقى الباقي على الأصل وبعموم الأخبار الدالة على منع
إعطاء الكافر وقال ابن الجنيد المؤلفة هم المنافقون قال دام ظله والأقرب جواز الإعتاق
من الزكوة وشرطا بعضهما أقول وجه القرب عموم قوله تعالى وفي الرقاب لذلك بل هو ظاهر فيه فإن
الرقبة إذا أطلقت انصرفت إليه ولقوله تعالى فتحرير رقبة وتقدير الآية في إعتاق الرقاب
ولأن إعتاق الرقبة جاز صرف الزكوة فيه كدفعه في الكتابة وهذا اختيار المفيد وابن إدريس
وشرط بعض الأصحاب عدم المستحق لرواية عبيد بن زرارة قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل
أخرج زكوة ماله ألف درهم فلم يجد لها موضعاً يدفع ذلك إليه فنظر إلى مملوك يباع فاشتراه بتلك
الألف درهم التي أخرجها من زكوته فأعتقه هل يجوز ذلك قال نعم قلت هو معارض بعموم الآية وقول

الصادق عليه السلام ولا بأس أن يشتري الرجل مملوكاً مؤمناً من ماله فيعتقه ثم قال عليه السلام في
هذا الحديث بعد كلام وإن اشترى رجل أباه من زكوة ماله فأعتقه فهو جائز وما ذكره غير مناف وقال
الشيخ يختص بالمكاتب والعبد تحت الشدة لقول أبي عبد الله عليه السلام لما سئل عنه إذا ظلموا قوماً آخرين
إلا أن يكون عبداً مسلماً في ضرورة يشتريه ويعتقه ويحتمل ضعيفاً عدم جواز إعتاق لابن الزكوة أما
إذا لم يكن تحت الشدة فظاهر على قول الشيخ رحمه الله ولأن نفع زكوته عاد إليه فلم يخرجها لو دفعها إليه
وأما إذا كان تحت الشدة فلذلك أيضاً قال دام ظله والأقوى في المجهول جائز الاستحقاق أقول
اختيار ابن إدريس لوجود المقتضي وانتفاء المانع لعدم العلم بحصول المانع والأصل عدمه ولا يعارض
بعدم وجود العلة لأن العدم طردي لا يصلح للعلية ولا لجزئها ولقوله تعالى والغارمين فإن كان
حقيقة فيمن عليه دين مطلقاً وحقيقة المتفق في المعصية فالمطلوب لاكتفائها بأصالة عدم المخصص
وإن كان حقيقة فيمن عليه دين لم ينفقه في معصية فالمطلوب أيضاً للاكتفاء بأصالة العدم مع
تعلق الشارع على عدمي ولا يرد احتمال كونه حقيقة في المتفق في الطاعة المتخلف عنه في التلف
من غير تفريط واستشكل العلامة عدم وقال الشيخ لا يعطى المجهول بالشرط فإن الشرط هو الإنفاق
في الطاعة أو التلف والجهل بالشرط يستلزم الجهل بالمشروط فلا يدفع إليه قلنا بل الإنفاق في المعصية
مانع ومع جهله فالأصل عدمه والتحقيق أن منشأ الخلاف أن الإنفاق في المعصية هل هو مانع أو
الإنفاق في الطاعة شرط والأقوى عندي استحقاقه مع الجهل قال دام ظله وفي سبيل الله
هو كل مصلحة كبناء القناطر وعمارة المساجد وإعانة الزائرين ومساعدة المجاهدين وقيل
يختص بالجهاد أقول الأول اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف وابن حمزة وابن إدريس لأن
السبيل الطريق فإذا أضيف إلى الله تعالى أفاد الموصل إلى الثواب والأمر بالكلي الطبيعي
تخيير بين الجزئيات والثاني مذهب الشيخ في النهاية والمفيد وسلار لأنه المفهوم عند الإطلاق
قال دام ظله وفي اعتبار العدالة قولان أقول اشترط الشيخ والمرتضى وابن حمزة
العدالة في غير المؤلفة لرواية محمد بن عيسى عن داود الصرمي قال سألته عن شارب الخمر يعطى من
الزكوة شيئاً قال لا ولا قائل بالفرق وهي مقطوعة ومنعه ابنا بابويه وسلار للعموم
ومنشأ الخلاف أن الفاسق مؤمن أو لا واشترط ابن الجنيد مجانبة الكبائر لأن غيره ليس

بمؤمن لانه يخزى والمؤمن لا يخزى اما الصغرى فلانه يدخل النار لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا
متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا وقوله ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون
ومن يفعل ذلك يلق اثاما يضاعف له العذاب يوم القيمة ويخلد فيه مهانا ومن يدخل النار
يخزى لقوله تعالى ربنا انك من تدخل النار فقد اخزيته واما الكبرى فلقوله تعالى يوم
لا يخزي الله النبي والذين امنوا معه ومنع كلية الكبرى قال دام ظله والحربي على اشكال
اقول الشرط الشيخ في المبسوط في قاتل الحربي لانه لا ينسه على الاحرار والعبيد بل يقتضي ان يكون
محكوما عليه ومولى عليه فلا يصح ولانه ولان القاتل يملك لانه تعالى اضاف الى الفقراء والمساكين
بلام التمليك وترك منعهم للعاملين بواو العطف في لا شيء من العبد يملك لما يأتي وحرره والدي المصنف
دام ظله في المختلف لانه نوع استيجار **المقصد الخامس** في كيفية الاخراج وفيه مطالب الاول
في الوقت قال دام ظله ولا يكفي العزل على راي اقول وجوب الزكوة على الفور مع القدرة الى [illegible]
وليّ الفقراء لقوله تعالى انما وليكم الله ورسوله والذين امنوا وقد طلبها بعد وجوبها
بقوله تعالى واتوا الزكوة وكل حق حال لآدمي طلبه وليه على من عليه التأخير كالدين ولوجود
حاجة الفقير المقتضية للطلب وقال الشيخ في المبسوط يجوز بعد العزل تأخيرها شهرا او شهرين
ورواه عن يونس بن يعقوب في الموثق عن ابي عبد الله عليه السلم حين سئل عن تأخيرها اختيارا انه قال
اذا حال الحول فاخرجها من مالك ولا تخلطها بشيء واعطها كيف شئت الحديث وعن حماد بن عثمان عن ابي
عبد الله عليه السلم قال لا بأس بتعجيل الزكوة شهرين وتأخيرها شهرين والاقوى اختيار والدي واكثر
الاصحاب انه لا يجوز لما تقدم وما رواه الشيخ في الحسن عن عمر بن يزيد قال قلت لابي عبد الله عليه السلم
الرجل يكون عنده المال ازكيه اذا مضى عليه نصف سنة قال لا ولكن حتى يحول عليه الحول ويحل عليه
انه ليس لاحد ان يصلي الصلاة الا لوقتها وكذلك الزكوة ولا يصوم احد شهر رمضان الا في شهره الا قضاء
وانما تؤدى اذا حلت وحتى لانتهاء الغاية جعل غاية الترك حول الحول فلا يجوز بعدها لان حكم
ما بعد الغاية يخالف ما قبلها ولانه شبهها بالصلاة ولان الاداء ورد عقيب النفي فاد الحصر
وهو يساوي التقديم والتأخير ولانه سوى بين الزكوة والصلاة بقوله وكذلك في الوقت فلا يجوز التقديم
والتأخير قضية للمساواة قال دام ظله ولا يجوز تقديمها فان فعل كان قرضا لا زكوة معجلة على راي

اقول يريد البحث عن تعجيل الزكوة وتقريره ان تعجيل الزكوة المالية يشترط فيها الحول بعد
تمام النصاب في انعقاد الحول عليه وهو على حال يتعلق الزكوة مع اشتراط اجتماع شرائطها غير بداية
الحول خاصة عن حيل واخذ قبل تمام الحول فيه الخلاف بين الاصحاب فقال والدي المصنف والمفيد والشيخ
في المبسوط والمرتضى وابن الجنيد وابنا بابويه لا يصح لان زرارة سأل ابا جعفر عليه السلم ازكي الرجل ماله
اذا مضى ثلث السنة قال لا ايصلي الاولى قبل الزوال دل على المشابهة في المنع والا لم يطابق الجواب السؤال
وذهب ابو الصلاح وابن ابي عقيل الى جواز تقديمها لان الصادق عليه السلم سئل عن الرجل لا يحل عليه
الزكوة الا في المحرم فيعجلها في شهر رمضان فقال لا بأس والجواب الحمل على القرض جمعا بين الادلة واعلم
ان الضابط في هذه الباب وامثالها ان كل حق مالي تعلق بسببين تقدم احدهما على الآخر فمعنى تعجيله اداؤه
بعد السبب الاول وقبل وجود السبب الاخير واعلم ان قول المصنف فان فعل كان قرضا معناه انه اذا اراد تعجيل
الزكوة دفع ذلك القدر قرضا الى الفقير ثم احتسبه عند الحلول بالنية من الزكوة مع بقاء الشرائط
قال دام ظله والقول قول المالك في قصد التعجيل وذكره مع اليمين على اشكال ينشأ من ان الرجوع الى نيته
وهو اعرف ومن اصالة عدم الاشتراط واغلبية الاداء في الوقت اقول الاشكال في تقديم قول المالك فيهما
ويعضده انه لا جهة لهذا الدفع الا الصدقة وصحتها بنية فشرط تملك الفقير لنيته ولم يخرج فيها اليه
ولانه بمنزلة من ظن ان عليه دينا فظهر العدم والاصح عندي الثاني لانه يدعي خلاف الظاهر
الصريح فلا يقبل منه قال دام ظله ولو لم يذكر التعجيل وعلم الفقير ذلك وجب الرد مع الطلب
ولو انتفى العلم فالاقرب عدم الرجوع اقول لانه ملكه اياها بانها صدقة والاصل عدم التقرير
وهو خلاف الظاهر فان الاغلب الاداء في الوقت ولو كانت تالفة فالمالك سلطه على اتلافها بغير عوض فكان
كمن قدم طعاما لغيره الى غيره فاكله جاهلا ويحتمل جوازه لعدم وقوع المعين لانه التقدير ولا
غيره لانه غير منوي **المطلب الثاني** في المخرج قال دام ظله فان طلبها تعين فان فرق المالك
حينئذ اثم وفي الاجزاء قولان اقول اذا طلب الامام الزكوة من شخص وجب دفعها اليه
اجماعا لقوله تعالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم فلو اخرجها بنفسه
قيل لا يجزي اختاره الشيخان وابو الصلاح وابن البراج واكثر القائلين بوجوب دفعها الى
الامام ابتداء لان الامر بالشيء يستلزم النهي عن ضده والنهي في العبادات يدل على فساد

المنهى عنه وقيل يجزى لانه دفع الى مستحقها ولان الامام انما طلبها لايصالها الى المستحقين
ولان المنهى عنه مخالفة الامام وهى غير المامور به لان الامر انما عن ايصالها الى المستحق وغير لازمة له
ايضا قال دام ظله الامام والساعى عند قبض الزكوة يدعوان لصاحبها ثم اختلفوا فى مقامين آ الوجوب
فاختاره الذى المصنف والشيخ فى المبسوط وموضع من الخلاف الاستحباب لان النبى عليه السلام لما بعث
معاذا الى اليمن قال له اعلمهم ان عليهم صدقة توخذ من اغنيائهم فترد فى فقرائهم ولم يذكر الدعاء
فلو وجب لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة وقال قوم بالزكوة من الخلاف بوجوبه لقوله تعالى وصل عليهم
ان صلوتك سكن لهم وصيغة افعل للوجوب ثم علل بانه لطف للمكلفين بلطفه انه وبفعل اللطف المتعلق
بالنبى واجب فكذا الامام لعدم الفارق ولقوله اتبعونى يحببكم الله قالوا المراد الاستحباب لانه اداة
واجب فلا يجب انبعاه لزيادة الصلاة ولعدم وجوبه على الفقير فعلى نائبه اولى ب هل يدعو بلفظ
الصلاة او الدعا احتمل لامتناع جوازه للثانى والامامية على جواز الاول والفعل عليه السلام فانه لما اوفى
ابو اوفى زكوته وزكوة اصحابه قال النبى صلى الله عليه واله اللهم صل على ابى اوفى وعلى آل
ابى اوفى قالوا مختص بالنبى فلا الامام على غيره قلنا نمنع الاختصاص كيف وقد قال تعالى الذين
اذا اصابتهم مصيبة قالوا انا لله وانا اليه راجعون اولئك عليهم صلوات من ربهم ورحمة ولان الصلاة
من الله الرحمة والالفاظ المترادفة بجواز اقامة بعضها مقام بعض قالوا عادة السلف غيره على الانبياء
قلنا العادة ليست بحجة خصوصا مع خلافها للقرآن واما على عليه السلام فنفس النبى بقوله تعالى
وانفسنا وانفسكم وقوله عليه السلام نفسك يا على نفسى فصح عليه لفظ الصلاة كما صح على النبى

المطلب الثالث فى النية قال دام ظله

ولو قال ان كان مالى الغائب سالما فهذه زكوته فبان تالفا
فنقل النقل الى غيره اشكال اقول قال الشيخ فى المبسوط لا يجوز نقله الى غيره لان وقت النية قد فات هذا
التعليل لفظه رحمه الله وقيل يجوز نقله لفوات الشرط المعلق عليه ملك الفقير وفوات الشرط يقتضى
فوات المشروط والتحقيق ان نقول اما ان يكون بعين تالفا او باقيه وعلى كل تقدير فاما ان يكون الفقير
قد سمع هذا الشرط اولا فالاقسام اربعة آ ان يكون عين الزكوة تالفة ولم يكن الفقير قد سمع هذا الشرط
فلا شك فى عدم جواز نقله لعدم ضمان الفقير لانه قبض عن الصدقة والصدقة لا يستعقب الضمان
ولانه خرج ومنافلها لغاية الصدقة فانها دفع حاجة الفقير وهنا علة فى حاجة الفقير ولا بحث المالك

المالك

بغير عوض دنياوى فلا وجود لهذا القصد فى الخارج ولا فى الذمة ب ان لا يكون بالقصد قد سمع
هذا الشرط فهل يجوز له التصرف قبل علم السلامة وعدمها قيل لا لان الجهل بالشرط يستلزم الجهل
بالمشروط وقيل بلى لاصالة البقاء فعلى الاول يضمن فيجوز النقل لانه دين فى ذمة فقير وعلى الثانى
فلا ينقل ج ان يكون عينها باقية وقد سمع الفقير هذا الشرط فيجوز نقلها د ان يكون العين باقية
ولم يسمع الشرط بل دفع هل يقتضى ملك الفقير فى نفس الامر قيل نعم لانه نوى الصدقة والنوع الخاص منها و
يلزم من انتفاء الخاص انتفاء العام ولانه لم ينو دفعا باطلا والحق جواز نقله وبه الله تعالى جزء فى نفس
الامر كلى لان المطلق لا يوجد الا فى احد افراده وانتفاء الكل عين زكوة هذا المال فقد بان بطلانها
لانتفاء الشرط وهو الملك هذا التحقيق هنا المشكل قال دام ظله ولو فقدت نيه احدهما لم يجز على
اشكال اقربه الاكتفاء بنية الوكيل اقول وجه القرب انها عبادة تقبل النيابة فتقبل فيها كالحج اذا النية
تابعة فلما قارنت الفعل فاجزأت ولان المقصود الاظهر من الزكوة اخراجها وسد خلات المستحقين بها ولذلك
جازت النيابة فيه مع القدرة على المباشرة ويحتمل عدمه لان المكلف هو المالك ولم ينو وقال عليه السلام
ليس للمؤمن عمله الا ما نواه وقال الشيخ الطوسى فى المبسوط من اعطى زكوته لوكيل ليعطيها الفقير
ونوى اخراجه اذ نوى الوكيل الدفع ولا يجزى نيه كل واحد منهما لو انفردت اما نية الوكيل فلما تقدم
واما نية الموكل فلحصول الغرض الاقصى من الزكوة وهو دفع حاجة المحتاجين ووجود النية منه حال
تعينها لانها بالدفع الى الوكيل مع النية بتعين فكان بمنزلة الدفع الى الامام وفيه نظر لان الوكيل
ليس نائبا عن الفقراء بل يده يد الموكل ومنع كون وقت النية هو حين تعينها بل هو وقت الدفع الى الفقير
والشيخ بنى قوله على رواية عزل الزكوة فانه يجوز وتعين به ودفعها الى الوكيل كالعزل بل اقوى لانه اخرج
لها عن يده ولانا العزل بالنية والا لم يصح والعبادة الواحدة لا يجب لها نيتان والتحقيق انه كلما
قارنت نية المالك الدفع الى الفقير اجزأت سواء نوى الوكيل ولا وان فقدت نية المالك وقارنت نية الوكيل
اجزأت لما قررنا وان قارنت نية الموكل الدفع الى الوكيل وقارنت نية الوكيل الدفع الى الفقير فان قلنا
باجزائها منفردة اجزأت هنا قطعا والا فالاحتمال متوجه لان الوكيل اذا لم يكن نائبا عن الفقراء
بوجه ولا تجرى نية المالك حال التعيين بل حال الدفع الى الفقير فوجودها كالعدم فقوله ولو وكله ونوى
حينئذ ونوى الوكيل حال الدفع اجزأ فيه نظر قال دام ظله واقل ما يعطى الفقير عشرة قراريط او

دراهم على رأي استحباباً أقول الأول قول المفيد والشيخ الطوسي في المبسوط لقول الصادق عليه السلام
لا يعطى أحداً من الزكاة أقل من خمسة دراهم وهو أقل ما فرض الله من الزكاة وذهب السيد المرتضى
وابن إدريس إلى عدم تحديد القلة بل أقل ما يملكه هو الأقوى عندي لقوله تعالى إنما الصدقات للفقراء
الآية وهو عام في كل صدقة إذ الجمع المعرف باللام للعموم فما يجب في الأول كنصف دينار وخمسة دراهم
يستحقه الثمانية أصناف فيجوز تفريقه عليهم بأن يعطى كل واحد أقل ما يملك وهو المطلوب ولأن
الآية إنما هي لبيان المصرف لا للتمليك وإنما كان يثبت المطلوب قال ابن الجنيد أقل ما يعطى درهم وقال
الصدوق يجوز أن يعطى الرجل الواحد الدرهمين والثلاثة ولا يجوز في الذهب إلا نصف دينار والمصنف
اختار مذهب السيد وحمل مذهب الشيخ استحباباً جمعاً بين الأدلة قال دام ظله ولو فقد وارث
المشترى من الزكاة ورثه على رأي أقول ذهب الشيخ وابنا بابويه وابن إدريس إلى أن ميراثه لأرباب
الزكاة لأنه اعتق من مالهم فكان ولاؤه لهم ونقل المصنف في المختلف عن بعض علمائنا أنه يورث
كونه للإمام لأنه أحد مصارف الزكاة فيكون نائبه وهو أولى قال دام ظله وأجرة الكيال
والوزان على المالك على رأي أقول هذا قول الشيخ في المبسوط والمصنف في المختلف لوجوب ما يتوقف
عليه الواجب لتوقف الدفع عليه ولثبوتهما على البائع في البيع وقال في موضع آخر من المبسوط يكون على الفقراء
لأنه لمصلحتهم وتخليص مالهم ولعدم الدلالة على وجوب الزائد على الزكاة قال دام ظله وفي تعلق الزكاة
بالعين احتمال الشركة إلى آخره أقول الزكاة تتعلق بالعين بإجماع الإمامية يعني ملك الفقراء بالفعل
لقول النبي عليه السلام في أربعين شاة شاة فإما أن يملك نفس بعض العين أو لا والثاني يملك ما يتعلق بالعين
وإلا لم يكن الزكاة متعلقة بالعين هذا خلف فإما أن يكون مع تعلقه بالعين متعلقاً بالذمة نوعاً ما
من التعلق أو لا بل التعلق بالذمة وجوب الإخراج لا غير فهذه ثلاثة أنواع من التعلق والأول يسمى
تعلق الشركة ويسمى الكلي بما تم جرى من جرابه والثاني يسمى تعلق الرهن لذلك والثالث يسمى تعلق
أرش الجناية برقبة الجاني لذلك وإنما عبر عن هذه الكليات بأسماء جزئياتها لتعذر لفظ يختص بكل
واحد وإنما بحث عن هذه الأنواع لاختلاف خواصها ويختلف بذلك أحكامها ولا مشاحة للفقيه في كون
هذه أنواعاً أو لحائناً أو لوازم بعد معرفتنا بخواصها ومعرفة أحكامها ومخالفة تعلق الزكاة لباقي
أصناف كل نوع بوجه لا ينافي اندراجه تحت ذلك النوع وكونه متعلقاً برأسه لا ينافي اندراجه

کتابخانه مجلس شورای ملی

تحت أحد الأنواع المذكورة وقد ذكر المصنف الذي وجه كل قول وهو استدلال بوجود خاصة الشيء
أو أثره عليه ولا يخلو من نظر وأورد على الشركة عدم تمكن الفقير لو بيع الأربعون قبل أداء الزكاة
وبعد الحول ويتفرع على ذلك لو باع المالك النصاب قبل أداء الزكاة وقد ذكر المصنف حكمه فلا
نطول بذكره قال دام ظله ولو أدى المالك من غيره فلا خيار للعيب ويحتمل ثبوته لاحتمال
الاستحقاق المدفوع فيمنع الساعي المال أقول ذكر المصنف الوجهين والأقوى عندي الأول لأن حق
الفقراء يزول بالأداء ويستقر ملك المالك على العين [illegible] والتحقيق أن هذا الوجوب هل هو تخيير
بين القيمة والعين أو ثبوت لأنه لم يملك العين بل القيمة فعلى الأول يبطل الأول وعلى الثاني يحتمل أيضاً
لما ذكره المصنف هي الباب الثاني في زكاة الفطرة قال دام ظله ولو مات قبل الهلال فلا ٢
زكاة على الوارث وعلى غيره إلا أن يعوله أحدهما والأقرب الوجوب على الوارث أقول إذا مات مالك العبد
قبل الهلال وعليه دين يستغرق التركة وكانت مؤنة العبد من كسبه أو من التركة ففي فطرة العبد هنا قولان
أحدهما قول الشيخ رحمه الله بسقوط الفطرة وقال والدي المصنف دام ظله يجب على الوارث ومنشأ
القولين أن التركة المستغرقة بالدين هل تبقى على حكم مال الميت ولا تنتقل إلى الوارث أو تنتقل إليه ويتعلق
بها الدين كالرهن قال الشيخ فالأول لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين هنا البعدية
بالزمان فقبل أداء الدين لا ينتقل إلى الوارث وقال شيخنا فيه إضمار تقديره الملك للتأخر من بعد
وصية إلى آخره لاستحالة وجود ملك بلا مالك فدل العقل على هذا الإضمار وإذا انتفى الملك عن الميت ليس بمالك
قطعاً ولا الديان ولا غيرهم لديان للوارث فتعين الوارث قال دام ظله ولو قبل الوصية بالعبد
من الميت قبل الهلال فالزكاة عليه ولو قبلها بعده سقطت وفي الوجوب على الوارث إشكال أقول البحث فيما
إذا أكل العبد من كسبه وهذه المسألة تبنى على أصلين آ القبول هل هو كاشف عن ملك الموصى له بالموت أو سبب
ملكه فعلى الأول لا زكاة على الوارث قطعاً وعلى الثاني يبنى على الأصل الثاني ب إذا قلنا إن القبول سبب
ملكه هل قبله يبقى على حكم مال الميت أو ينتقل إلى الوارث انتقالاً متزلزلاً فعلى الأول لا يجب على الوارث قطعاً
وعلى الثاني يكون على الوارث والبحث عن هذين الأصلين يأتي في موضعه وأما السقوط عن الموصى له فعلى كون
القبول سبباً ظاهر وعلى كونه كاشفاً فلاستحالة تكليف الغافل عندنا قال دام ظله ولو كان الزوج معسراً
وجبت نفقتها دون فطرتها والأقرب وجوبها عليها أقول من وجبت زكاته على غيره على قسمين أحدهما أن يكون

من وجبت عنه ليس اهلاً لوجوبها عليه كالعبد والعرب فانه سقوط فيه لفقر وحينئذ يمتنع ان يجب عليه
زكوة الفطرة والثاني كالزوجة الموسرة والبحث هنا في القسم الثاني وهو انه لو كان الزوج معسراً والزوجة
الموسرة استقرت بنفقتها عليه لانها عوض دين فلا يشترط في وجوبها اليسار في ادائها بخلاف فطرتها
فانها عبادة شرط وجوبها اليسار فلا يجب على الزوج وهل يجب عليها ام لا قولان آ قول المصنف
وابن ادريس بالوجوب عليها ب قول الشيخ انه لا يجب عليها بل يسقط عنها وعنه وقال والدي في منتهى المطلب
مبنى هذه المسئلة على ان من وجبت زكوته على غيره وكان اهلاً لوجوبها هل يلاقي الوجوب ابتداءً من وجبت عنه ثم
يتحمل من وجبت عليه عنها وتجب ابتداءً على من وجبت عليه ولا يلاقي الوجوب من وجبت عنه ابتداءً يحتمل الاول لقوله
تعالى قد افلح من تزكى ومن للعموم وفيها معنى الشرط فكل من لم يتزك لم يفلح لانتفاء المشروط بانتفاء
الشرط ولما روى عن النبي عليه السلم زكوة الفطرة على كل ذكر وانثى لكنه دلت الاحاديث واجماع
الامامية على وجوبها عليه عن من يعول ووجه الجمع ما ذكرنا ويحتمل الثاني بقول الباقر والصادق
عليهما السلم لما سئلا عن زكوة الفطرة قالا صاع عن الصغير والكبير والذكر والانثى والبالغ ومن يعول
في ذلك سواء والمساواة يقتضي العموم لما تقرر في الاصول فكما يجب عليه فطرته ابتداءً وفطرة الصغير فكذا فطرة
من يعول ومن جملتهم الزوجة لان من العموم اذا تقرر ذلك فنقول على القول الاول لا يجب عليها لان الزوج ليس اهلاً
للتحمل ووجود القابل شرط فبقي الاصالة عليها وعلى الثاني يسقط عنها وكذا في الحرة الموسرة وحد العبد
ويتفرع على هذا الاصل الذي قررناه انه لو اخرجته زوجة الموسر عن نفسها فعلى الاول يجزي وعلى الثاني لا
يجزي واشار اليها المصنف بقوله لو اخرجت زوجة الموسر عن نفسها الى آخره قال دام ظله ولو وقعت
مهاياة بين المتحرر بعضه وبين مولاه فوقع الهلال في نوبة احدهما فغي اختصاصه بالفطرة اشكال اقول
منشاه من ان مقصود المهاياة التفاصل والتمايز فكل يختص بما يقع في نوبته من الغنم والغرم ويحتمل عدمه
لعدم خروجه بالمهاياة عن الشركة لانها قسمة المنافع فلا يصح فهي في الحقيقة مراضاة غير لازمة قال
دام ظله ثم ان عزلها وخرج الوقت اخرجها واجباً بنية الاداء والا قضاها على راي اقول
الخلاف هنا يقع في موضعين آ وجوب الاخراج واختاره الشيخ وابن الجنيد وسلار وابن ادريس واكثر
الاصحاب لعدم اتيانه بالمأمور به فيبقى في عهدة التكليف ولانه حق ثابت للفقراء فلا يسقط بخروج وقتها
كالدين الموجل وزكوة المال وذهب ابن الجنيد وابنا بابويه وابو الصلاح وابن البراج الى سقوطها لعدم قضائه

الامر

الامر الموقت الفعل بعده مع الخلاف فيه لما تقرر في الاصول ولاصالة فيه ان كل عبادة وجب قضاؤها فلها
وقت وانما ثبت الاوقات بتوقيف الشرع فما لم يثبت عندنا صحة النقل لا يوجب القضاء ب انما تكون قضاءً قاله
الشيخ وسلار لانها العبادة الموقتة اذا فعلت خارج الوقت تكون قضاءً وذهب ابن ادريس الى انها تكون كالدين وزكوة
المال قال دام ظله ويخرج من غيرها بالقيمة السوقية من غير تقدير على راي اقول هنا مذهب الاكثر
ونقل عن بعض علمائنا انه مقدر بدرهم وعن آخرين انه مقدر باربعة دوانيق قال المصنف في المختلف لم
نقف في ذلك على فتوى وانا القول ورد الشيخ في الاستبصار رواية اسحق بن عمار عن الصادق عليه السلم لا باس
ان يعطى فيهما درهماً ثم قال هذه رواية شاذة والاحوط ان يعطي قيمة الوقت ثم قال هذه رخصة لو
عمل بها لم يكن ماثوماً هذا آخر قوله فلو لم يجز عنده لكان ماثوماً وهذا ليس بفتوى قال دام ظله
ويجزي من اللبن اربعة ارطال بالعراقي على راي اقول الخلاف هنا في موضعين آ اجزاء اربعة ارطال
من اللبن واختاره الشيخ وابن ادريس وكثير من الاصحاب لقول النبي عليه السلم لما سئل عن رجل
في البادية لا يمكنه الفطرة فتصدق باربعة ارطال من اللبن وفي المستند ضعف وهو مرسل وذهب المفيد
والسيد المرتضى وابن الجنيد وسلار وابن البراج وابو الصلاح وابن زهرة والشيخ في الخلاف الى عدم اجزاء
الاربعة ووجوب صاع واختاره المصنف في المختلف للامر باخراج المبرئ للذمة وانما يتحقق بالصاع
ولقول الصادق عليه السلم او صاع من اقط ب الرطل هنا العراقي خلافاً للشيخ في المبسوط وابن ادريس وابن
حمزة قال دام ظله والاقرب في الجبن والسمن والمخيض القيمة اقول وجه القرب انفراد الجبن
والسمن باسم مغاير للبن وعدم استعماله فيهما حقيقة وفي المخيض لعسر تحصيل الاجزاء لصدق اللبن عليه
المخيض والجبن لغة حجة والسمن نفع قال دام ظله ولو اختلف قوت مالك عبد جاز اختلاف النوع
على راي اقول هذا قول الشيخ في الخلاف ومنعه في المبسوط والاقوى الاول لان كل واحد مجزئ
في الاجناس قال دام ظله والاقرب اجزاء المختلف مطلقاً اقول وجه القرب ان المطلوب
شرعاً اخراج الصاع القوتي وتعيين احد الاجناس بعينه ليس مطلوباً للشارع والا لما جاز التخيير
ولان التخيير واقع في الجميع فكذا في ابعاضه للمساواة في المالية المطلوب بها دفع حاجة الفقير والصلاة
كل منهما للاخراج وذهب الشيخ قطب الدين الكيدري الى عدم الاجزاء مطلقاً للنص على وجوب الصاع ورده
فيه بين الاجناس مع التبعيض لا يعد من احدها قال دام ظله الباب الثالث في الخمس وما يجب

في جوف السمكة من غير الاسلام كان لقطة ووجه القرب انه ملك مجهول المالك فوجب تعريفه و
لوجود المقتضي في الدابة المستفاد من النص ويحتمل عدم الاشتراط للاطلاق للاصحاب ولزوال
ملك المالك عنه بوقوعه في البحر وابتلاع السمكة له لانه كالمستهلك ولا قوي عندي انه للواجد و
اطلاق الرواية وكلام الاصحاب يقتضي احتياج تملك المباحات الى النية قال دام ظله ولو وجده
في دار الاسلام برد اثره عليه فلقطة وان كانت مواتا على راي اقول هذا قول الشيخ في المبسوط لانه مال
ضايع عليه اثر ملك المسلم ووجد في دار الاسلام فيكون لقطة كغيره وذهب في الخلاف وابن ادريس الى انه
للواجد لعموم النص على ان ما وجد في بادية فهو لواجده يخرج منه الخمس لعموم القرآن والاخبار الواردة في
اخراج الخمس من اللقطة والتخصيص يحتاج الى دليل وليس يجد لوجوده وهو ان التصرف في مال الغير بغير
اذنه قبيح عقلا وقد تقدم وجود اثر المالك تحت قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل
قال دام ظله ولو اختلف مستاجر الدار ومالكها في ملكية الكنز قدم قول المالك مع اليمين
على اشكال اقول وجه تقديم قول المالك ان الدار ملكه وشهادة الظاهر وهذا قول الشيخ في المبسوط
ويحتمل تقديم قول المستاجر لانه مال مودع في الارض منها فيقدم قول من يده على الارض كما في الدار قال
دام ظله والنصاب على راي اقول اشترطه الشيخ في النهاية والمبسوط وابن حمزة والمصنف لقول
ابي الحسن عليه السلم ليس فيه شيء حتى يبلغ ما يكون في مثله الزكوة عشرين دينارا وذهب الشيخ
في الخلاف والاقتصاد وابن البراج وابن ادريس الى عدم الاشتراط لعموم الاية والخبر والرواية مخصصة
قالوا اخبار احاد قلنا يجوز تخصيص الكتاب به وقد مر في الاصول واطلق ابن الجنيد وابن ابي عقيل والسيد
المرتضى والمفيد قال دام ظله ويعطى من انتسب بابيه خاصة دون امه خاصة على راي
اقول ما اختاره هنا مذهب الشيخ في المبسوط والنهاية وابن حمزة وابن ادريس لانه انما يصدق
الانتساب حقيقة على من انتسب بالاب دون الام خاصة ولقول ابي الحسن عليه السلم ومن كانت امه من بني
هاشم وابوه من سائر قريش فان الصدقة تحل له وليس له من الخمس شيء لان الله تعالى يقول ادعوهم
لاباءهم وذهب المرتضى الى استحقاقه لقوله عليه السلم هذان ابناي والاصل في الاطلاق الحقيقة
والاصح الاول لرجحان المجاز على الاشتراك كما مر في الاصول قال دام ظله وفقر اليتيم على راي
اقول ذهب الشيخ وابن ادريس الى عدم اشتراط الفقر في اليتيم للعموم ولاقتضاء العطف المغايرة

ولان

ولان اعتبار الفقر يقتضي تداخل الاقسام والجواب انه عوض الزكوة وكما ان الزكوة مصارفها المحاويج
فكذا العوض احتج المصنف بانه خبر لهم ومساعد عوض الزكوة فلا يليق بالغني قال دام ظله وللامام
فاضل المقسوم على الكفاية للطوائف من الاقتصاد وعليه المعوز على راي اقول هذا اختيار الشيخ
وابن البراج وسلار لقول ابي الحسن الاول عليه السلم فان فضل عنهم شيء يستغنون عنه فهو للوالي
وان عجزوا او نقص كان على الوالي ان ينفق من عنده بقدر ما يستغنون به وانما صار عليه ما عوزهم لان له ما
فضل عنهم وقال ابن ادريس لا يجوز له ان ياخذ فاضل نصيبهم ولا يجب عليه اكمال ما ينقص لهم لقوله تعالى
واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل
واللام للتمليك قاطع للشركة فجعل النصف للامام عليه السلام والنصف الاخر للاصناف الباقية لا يجوز
لاحد التصرف في مال غيره ولان الزيادة على النص نسخ فقولهم يستلزم نسخ القرآن بخبر الواحد

كتاب الصوم وفيه فصول الاول في النية قال

دام ظله والنذر المعين على راي اقول ذهب الشيخ في المبسوط والجمل والخلاف واشتراط
نية التعيين في النذر المعين وعدم الاكتفاء بنية القربة لانه زمان لم يعينه الشارع في الاصل
للصوم فافتقر الى التعيين كالنذر المطلق وذهب السيد المرتضى وابن ادريس الى عدم اشتراطه
التعيين والاكتفاء بنية القربة لانه زمان تعين للصوم فكان كرمضان ولان التعيين يراد لتمييز
بين الغرض والنفل والزمان متعين للغرض فلم يفتقر الى التعيين ولهذا لا يفتقر رد الوديعة
الى التعيين ولانه نوى الصوم الواجب عليه في هذا اليوم ولا شيء من غير النذر بواجب عليه في
هذا اليوم فيكون قد نواه ولقوله عليه السلم لكل امرئ ما نوى واذا نوى الصوم
الواجب عليه في هذا اليوم صح له والاقوى عندي وجوب التعيين قال دام ظله ولو نذر
الصوم غدا عن قضاء رمضان ففي الاكتفاء بالاطلاق نظر اقول منشاه من انه يتعين بالنذر
لعدم وقوع غيره فيه وعدم جواز تاخيره عنه ومن عدم تعيينه بالاصل ولا بالنذر لان الوجوب سابق
على النذر وهو يقتضي وجوب التعيين في النية والاصل بقاء ما وجب والنذر لا يقتضي سقوط ما ثبت
وجوبه قبله ولان قضاء رمضان وجب من حيث هو قضاء قبل النذر وبعده سواء وانما افاد النذر
فوريته مع بقاء صلاحية ما بعده من الاوقات له كابتداء وجوبه لعدم صيرورته قضاء

بتركه واطلاق الاصحاب ان قضاء رمضان يجب تعيينه بالنية والتحقيق ان هذا مبني على تفسير
المعين فان نعني به الزمان الذي اذا فات صار قضاء لم يكن معينا وان نعني به الزمان الذي يجب
صومه ولا يجوز التاخير عنه كان معينا والاصح عندي انه لا يتعين بذلك لان الوقت المعين
ما جعل سببا للوجوب لا يتحقق هنا وجوب صومه هنا كالحج وانما قيدنا بقوله غدا لانه لو نذر يوما بعينه
لم يتعين قطعا لجواز تقديمه عليه قال دام ظله وفي النفل قول الى الغروب اقول هذا القول
نقله الشيخ في مسائل الخلاف عن بعض اصحابنا وقال المرتضى وابن ادريس يجوز تجديد النية في النافلة
الى بعد الزوال وقال ابن حمزة وان نسي النية في صوم النفل جدد بعد الزوال الى ان يبقى من النهار ما يسمى الصائم
فيه ممسكا والاصح عندي انه لا يصح بعد الزوال قال دام ظله والمحبوس الجاهل بالاهلة يتوخى شهرا فيصوم
متتابعا فان افطر في اثنائه استانف على اشكال ولا كفارة اقول منشاؤه من وجوب الصوم متتابعا
وعدم انحصار رمضان فيه ومن ان رمضان اذا افطر فيه فلا يستانف وايضا فهو في نفس الامر اما رمضان
او متاخر عنه او متقدم عليه وعلى الاولين لا يستانف وعلى الثالث يستانف لا باعتبار افطار اليوم بل
باعتبار تقدمه وهو غير معلوم فلا يجب قال دام ظله ولو قدم النية على الشهر ونسي عنده لم
تجزه على راي اقول هذا هو المشهور لان شرط النية المقارنة ولا مقارنة مع الذكر وذهب الشيخ
في المبسوط والنهاية الى اجزائه ان نسي ان يجدد عنده ولا يجري مع الذكر كما بعده ولانه لو شرط
المقارنة لم يجز تقديمها من العشاء وقال في الخلاف واجاز اصحابنا في نية القربة في شهر رمضان
خاصة ان يتقدم على الشهر بيوم او ايام وقال ابن ادريس لا يجوز مطلقا وهو الاصح عندي
قال دام ظله ولا بد في كل ليلة من نية على راي الاقوى قال المرتضى والشيخان وسلار وابو الصلاح
يكفي فيه نية واحدة من اوله لانه عبادة واحدة احتج المصنف بان كل يوم عبادة يفتقر
الى نية ولا يجوز تقديمها ولانه لما جاز تقديمها وجب ان لا يجوز تقديمها على رمضان عمدا والاقوى عندي
اختيار والدي المصنف قال دام ظله ولو نوى غير رمضان فيه فرضا او نفلا ففي الاجزاء
عن رمضان نظر اقول منشاه من اختلاف الاصحاب فان الشيخ في المبسوط والخلاف والسيد المرتضى
ذهبا الى الاجزاء لحصول نية القربة وعدم استلزام بطلان المركب بطلان الاجزاء وذهب ابن ادريس الى
الاجزاء مع النسيان لعدم الاعتداد بالزائد مع النسيان والجهل كيوم الشك لا مع العلم لقوله

عليه

عليه السلم انما لكل امرئ ما نوى قال دام ظله ولو نواه عن قضاء رمضان وافطر بعد الزوال
عمدا ثم ظهر انه من رمضان ففي الكفارة اشكال ولو نواه في تعيينها اشكال اقول منشأ الاول
انها تابعة على تقدير كل واحد من جزئي مانعة الخلو وعدم صحة رمضان وعدم العلم برمضان
فانتفى شرط الكفارة والاصح عندي انه لا يجب والا لزم احد الامرين وهو اما وجوب كفارة
قضاء رمضان مع عدمه او صح تكليف الغافل واللازم بقسميه باطل فالملزوم مثله اما الملازمة
فلانه اما ان يكون الواجب عليه كفارة قضاء رمضان او كفارة رمضان والاول يستلزم الاول
لان قضاء رمضان لم يقع والثاني يستلزم الثاني لانه غير عالم بانه رمضان فلو كلف به لزم تكليف الغافل واما
بطلان اللازم بقسميه فباجماع علمائنا وقد بين استحالة الثاني في الاصول ومنشأ الثاني انه
من رمضان مع وجوب الكفارة بافطاره فيجب كفارة رمضان ومن انه لا يعلم انه من رمضان فلا تجب كفارة
لانها تابعة للعلم مع وجوب كفارة فيجب الاول قال دام ظله ولو نوى الافطار في يوم من رمضان ثم
جدد نية الصوم قبل الزوال لم ينعقد على راي اقول المفهوم من كلام الشيخ الانعقاد وصرح
بذلك في يوم الشك والاقوى عندي الصحة في يوم الشك لانه معذور بجهله والا لزم تكليف الغافل
والبطلان في غيره لان جزءا من النهار مضى بغير نية مع علمه بكونه من رمضان والنية شرط وفقد الشرط
يستلزم فقد المشروط والصوم لا يتبعض قال دام ظله ولو تقدمت نية الصوم ثم نوى الافطار
ولم يفطر ثم عاد الى نية الصوم صح الصوم على اشكال اقول منشاه من اختلاف الشيخ في المبسوط والخلاف
ذهب الى الصحة وذهب ابو الصلاح الى البطلان ومبنى هذه المسألة ما تقرر في علم الكلام من ان ارادتي الضدين
هل تتضادان ام لا فقال الشيخ لا فلا يبطل الصوم لانه مركب من جزئين الامساك والنية والامساك على تقدير
لا ينافيه الافطار ما يمسك عنه فاذا لم ينافه نيته لم ينافه خصوصا مع عدم استمرارها ووجود نية
اخرى ضدها وقال ابو الصلاح نعم يتضادان اي ارادتا الضدين فيبطل صومه والاقوى عندي البطلان لان
الصوم توطين النفس على الامتناع عما سماه الشارع بالمفطرات وارادة فعل المفطر ينافي توطين النفس
على عدمه المنافي للازمين **المقصد الثالث** في الامساك قال دام ظله وعن الحقنة بالمائع وفي
الفساد نظر اقول منشاه من اختلاف الاصحاب فان الشيخ في بعض كتبه وابا الصلاح والمفيد والمرتضى
في المسائل الناصريات ذهبوا الى الافساد لما رواه احمد بن محمد بن ابي نصر في الصحيح عن ابي الحسن عليه السلم

انه سئل عن الرجل يحتقن تكون به العلة في شهر رمضان فقال الصائم لا يجوز له ان يحتقن وتعليق الحكم
على الوصف يشعر بالعلية فيكون بين الصوم والاحتقان الذي هو نقيض المعلول منافاة وبثبوت احد المتنافيين
يستلزم نفي الآخر ولان السيد المرتضى نقل الاجماع على ذلك والاجماع المنقول بخبر الواحد حجة وقال
في النهاية والمرتضى في الجمل وابن ادريس لا يفسده لان علي بن جعفر سأل اخاه موسى عليه السلام عن الرجل و
المراة هل يصلح لهما ان يستدخلا الدواء وهما صائمان قال لا بأس قال دام ظله وبالجامد قول
بالجواز اقول قال الشيخان والمرتضى وعلي بن بابويه بحرمة الحقنة مطلقا للرواية المتقدمة وقال
الشيخ في المبسوط والقاضي وابن الجنيد بجوازه بالجامد لقول ابي الحسن عليه السلام لا بأس بالجامد و
اجاب الذي عنه بان هذه في طريقها علي بن الحسن بن فضال عن ابيه وهما ضعيفان قال دام ظله وعن
الارتماس في الماء وعن الكذب على الله وعلى رسوله والائمة عليهم السلام وفي الافساد بهما نظر اقول
هنا من اختلاف الاصحاب فان السيد والشيخين والقاضي وعلي بن بابويه وابا الصلاح ذهبوا الى
الى الافساد بالارتماس لمضادته الصوم الشرعي لتحريمه ولما صح نقله من قول الصادق عليه السلام
لا يضر الصائم ما صنع ثلاث خصال الطعام والشراب والنساء والارتماس يسوي بين هذه الاشياء
وفي الدلالة نظر فان تعلق الضرر بكل واحد منهما والضرر اعم من البطلان لانه يحصل بحصول
الاثم بالتحريم والاستدلال بالاعم على ثبوت الاخص من الاغلاط والتحريم مسلم ليس بالنزاع وذهب
السيد المرتضى في بعض اقواله وابن ادريس وابن عقيل الى عدم الافساد للاصل ولما روى اسحاق بن عمار
سال ابا عبد الله عليه السلام عن رجل صائم ارتمس في الماء متعمدا عليه قضاء ذلك اليوم قال ليس عليه
قضاء ولا يعودن وهذا الحديث صريح في المطلوب بخلاف الاول والاقوى عندي تحريم الارتماس وعدم
الافطار تذنيب القائلون بالافساد ذهبوا الى الوجوب القضاء والكفارة الا ابا الصلاح
فانه اوجب القضاء خاصة واما الكذب على الله ورسوله والائمة فذهب المرتضى والشيخان
وعلي بن بابويه وابو الصلاح وابن البراج الى افساده الصوم لقول الصادق عليه السلام
الكذبة تنقض الصوم والوضوء ويفطر الصائم قال الراوي وهو ابو بصير قلت هلكنا
فقال الصادق عليه السلام ليس حيث ذهبت انما ذلك الكذب على الله ورسوله وعلى الائمة
عليهم السلام وقال السيد في الجمل ومحمد بن بابويه وسلار وابن عقيل لا يفسد للاصل والاصح

عندي

والاصح عندي الافساد بالرواية قالوا لو صح لنقض الوضوء قلنا لا يلزم من تركه في ظاهر احد
الحكمين تركه في الآخر قال دام ظله وفي الافطار بالامناء عقيب النظر الى المحرمة اشكال اقول
هنا منزلة محرم امنى به فكان كالاستمناء باليد ولانه مظنة للنزول فيحرم مقامه لاشتماله على التعريض بالصوم
ومن اصالة الصحة واعلم ان الاول مذهب سلار وذهب الشيخ في المبسوط اليه لكنه قيد النظر بالشهوة
والثاني مذهب ابن ادريس فاعلم انه من الاسباب النادرة فلا يلحق بالاسباب الاكثرية والدائمة والا لزم الحرج
فلا يبطل وهو الاصح عندي قال دام ظله وفي الحاق الغبار بمضمضة او طرح الحصاة في الفم من
غير قصد بالمبرد اشكال اقول هنا منشاه انه ابلغ من التبرد فاولى بالحكم لان التبرد لقصد صحيح وهذا
ليس لقصد صحيح ومن عدم النص والاصل ولعدم قصد الابتلاع فكان كالاكل سهوا ولانه لم يقصد الابتلاع
والسببية لان الوضع في الفم اعم منه والعام لا يصلح لسببية الاخص منه والاصح عندي البطلان قال
دام ظله وفي الجائف وصول الدواء الى الجوف من الاحليل الحقنة بالمائع نظر اقول قال في المبسوط
يلحق بها لمساواته بها في الايصال الى الجوف فيفطر وقال في الخلاف وابن الجنيد لا يفطر للاصل والاولى الحاقه بالحقنة
بالمائع قال دام ظله ولو قدر على قطعها من مجراها فتركها حتى نزلت فالاقرب عدم الافطار اقول وجه
القرب لمشاركته بين الدماغ والحلق فكان معفوا عنه كالبصاق المجموع في الفم ولانه لم يفعل شيئا
وانما امسك عن الفعل ومن حيث ان تركها مع القدرة على قطعها تقصير فيفطر وليس بجيد قال دام ظله و
لو جرى الريق بقية طعام بين الخلال الاسنان فان قصر في التخليل فالاقرب القضاء خاصة والا فلا شيء
اقول وجه القرب تقصيره مع تمكنه من اخراجه فصار هو السبب مختارا وفي وجوب الكفارة حرج
وعلى العدول شفا الاكوان واستغناء الباقي عن المؤثر لا تجب القضاء ايضا ولانه لم يقصد الابتلاع
ففيها الاحتمالات ثلاثة القضاء خاصة ومع الكفارة والانتفاء ولا كفارة والاصح الاول قال
دام ظله والاقرب التحمل عن الاجنبية والامة المكرهتين اقول وجه القرب رواية المفضل بن عمر
عن الصادق عليه السلام في رجل اتى امراة هو صائم وهي صائمة فقال ان كان استكرهها فعليه
كفارتان وان كانت طاوعته فعليه كفارة واحدة وعليها كفارة ولفظ المراة شامل للكل وترك الاستفصال
مع قيام الاحتمال يدل على عموم المقال ولان الصادق عليه السلام نص على العلة وجودا وعدما ولان
الجماع له فاعل وهو الرجل ومحل قابل وهو المراة وكل منهما يوجب الكفارة وفعلها في القبول ليس

الا ترك الممانعة فاذا اكرهها كان فاعلا له وفي المحل للقبول لا انه مكره كلا انه فاعل لهذه الصفة الشرعية
والقادر عن المرأة اذا فرض عدم تمكنه وبواسطته يحصل القبول فهو اقوى منها في فعلها بالاكراه فهو اولى بترتب
اثر القبول عليه وهو الكفارة ومنع ابن ادريس التحمل في الصورتين لعدم النص والرواية ضعيفة السند
والاسباب الشرعية لا بد من النص على عينها ومنع الشيخ من التحمل في الاجنبية لان الكفارة مكفرة للذنب ولا يلزم
من اسقاطها الاضعف اسقاطها الاقوى فان الزنا ذنب اقوى من وطي المرأة اجاب المصنف بانها هنا عقوبة
والعقوبة على الاضعف تستلزم العقوبة على الاقوى والاقوى عندي اختيار المصنف لانها عقوبة من وجه ومكفرة من وجه
في موضع قبوله وجانب العقوبة اغلب للزومها وتخلف الكفارة عنها في مواضع كقتل المؤمن عمدا ظلما قال
دام ظله او خوف على اشكال اقول منشاؤه جواز الافطار في الخوف على الغير والمال كمنجي الغريق ففي
الخوف على نفسه اولى ولان دفع الخوف عن النفس اولى من الصوم ومن ان الاكراه الرافع للصوم هو الرافع
للقدرة وهو البالغ حد الالجاء لاستحالة التكليف معه ولان القدرة شرط التكليف ولم يوجد والقولان
للشيخ في الخلاف والجمل والاقوى عندي جواز الافطار قال دام ظله ولو سقط فرض الصوم بعد افساده
فالاقرب سقوط الكفارة اقول هذه المسئلة فرع مسئلة اصولية هي انه اذا علم المكلف انتفاء شرط
التكليف عن المكلف وقت الفعل هل يحسن منه تكليفه ام لا الشيخ والاشاعرة على الاول والمصنف
والمعتزلة على الثاني وهذه ايضا متفرعة على مسئلة اخرى اصولية وهي انه هل يحسن الامر لمصلحة ناشئة
من نفس الامر لا من نفس المامور به وفيه ام لا يحسن الا مع مصلحة ناشئة منهما الشيخ وابن الجنيد والاشاعرة
على الاول لحصول الثواب بعزم المكلف على الفعل والمصنف والمعتزلة على الثاني وقد حقق ذلك في الاصول
وليس هذا موضعه فانه يذكر في الفقه على سبيل المصادرة والاقوى عندي سقوط الكفارة لانها تتبع
الصوم وباسقاطه السبب يسقط المسبب قال دام ظله ولو اعتق ثم ماتت فالاقرب بطلانه اقول لانه انما
اعتق بجهة ولم تحصل وقال الشيخ وكثير من الاصحاب يصح العتق ولا يبطل بناء منهم على احدى مسئلتين
ا ما تقدم من وجوب الكفارة ب ان العتق من الامور المبنية على التغليب فينفذ عتق الشريك في حصة
شريكه فاذا سرى في حصة الغير وهو ممنوع من التصرف فيها فلا يبطل ببطلان الجهة المنوي لها والاقوى
الاول قال دام ظله ولو قدر على اكثر من ثمانية عشر او على الاقل فالوجه عدم الوجوب اقول هنا مسئلتان
ا ان النص ورد على ان من وجب عليه شهران متتابعان فعجز اجتزأ بثمانية عشر يوما فرع عليه المصنف

انه

انه لو قدر على اكثر من ثمانية عشر كما لو قدر على شهر فالاقرب عدم الوجوب لاصالة البراءة ولان المعلق عليه
العجز عن المجموع وهو يصدق مع القدرة على الاكثر لان عدم الكل لعدم احد اجزائه ويحتمل الوجوب
لان سقوط احد الواجبين المتغايرين غير المتلازمين لا يستلزم سقوط الاخر ب لو عجز عن الثمانية
عشر فالنص على انه يكفيه الاستغفار فلو قدر على بعضها قال المصنف الوجه عدم الوجوب لما تقدم والاحتمال
كما تقدم ايضا والتحقيق في المسئلتين ان وجوب الجزء ان كان تابعا لوجوب الكل لزم من زوال وجوب
الكل زوال وجوبه وان كان وجوب الكل تابعا لوجوب الاجزاء لم يلزم وكذا لو استقل كل واحد منهما فينشأ
الاشكال من حيث تردد الجزء من اي الاقسام هو قال دام ظله اما لو قدر على العدد دون الوصف
فالوجه وجوب المقدور اقول وجه الوجوب انه لم يعجز عن شهرين وانما عجز عن كيفيتهما فسقطت ولا يلزم
سقوط العدد كما لو عجز عن الاثنا ولانهما واجبان فلا يسقط الميسور بالمعسور ويحتمل عدمه لتعلق الانتقال
الى البدل على العجز عن الشهرين المتتابعين في الصادق وههنا قال دام ظله ولو صام شهرا فعجز احتمل وجوب
تسعة وثمانية عشر والسقوط اقول وجه الاول ان الثمانية عشر مقابلة للشهرين فنصفها مقابل للشهر و
وجه الثاني ان الانتقال الى البدل وما صامه من المبدل واحدهما غير الاخر ولان وجوب البدل مشروط بالعجز
عن المبدل ومتاخر عنه فلا يقع ما صامه قبله عنه ووجه الثالث انه يصدق عليه انه عجز عن شهرين وصام
ثمانية عشر يوما والحق عندي وجوب الثمانية عشر لان وجوبها بعد العجز يدل على المغايرة قال دام ظله
ولو اجنب ليلا وتعذر الماء بعد تمكنه من الغسل حتى تصبح فالقضاء على اشكال اقول منشاؤه من تفريطه
بترك الاحتياط ولانه لو لم يجب القضاء ها هنا لم يجب على ناسي الجنابة لانه قبل النسيان غير واجب في الوقت
الموسع وبعده غير متمكن منه ومن اباحة الوطي له الى تضيق الوقت للاية والحق انه ان ظن فقد الماء وجب القضاء
والا فلا قال دام ظله ويجب الثلاث بالافطار بالمحرم على رأي اقول المشهور ايجاب كفارة واحدة
للاصل ولما رواه عبد الله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلم في رجل افطر في شهر رمضان متعمدا يوما
واحدا من غير عذر قال يعتق رقبة او يصوم شهرين متتابعين او يطعم ستين مسكينا فان لم يقدر تصدق بما يطيق
وترك الاستفصال في الجواب عقيب عموم السؤال يقتضي العموم وذهب محمد بن بابويه وابن حمزة الى وجوب
الثلاث لقول الرضا عليه السلام متى جامع الرجل حراما او افطر على حرام في شهر رمضان فعليه ثلاث
كفارات عتق رقبة وصيام شهرين متتابعين واطعام ستين مسكينا والاقوى عندي الثاني لانه احوط

قال دام ظله وفي كفارة النذر المعين قولان أقول ذهب المصنف وابو الصلاح وابن ادريس وابن
البراج الى انه كفارة رمضان وهو المشهور وقيل كفارة يمين وهو اختيار الصدوق قال المرتضى في الموصليات
ان نذر صوم يوم معين فافطره كان عليه كفارة رمضان وان كان نذر صوما وترك صومه بترك النية لا بفعل
المفطر وجب كفارة يمين وهو قول آخر للصدوق وسيأتي البحث فيه ان شاء الله تعالى قال دام ظله المسافر ٢
اذا اكره زوجته وجبت الكفارة عليه عنها لا عنه ويحتمل السقوط لكونه مباحا له غير مفطر لها اقول وجه القرب
انه لو فعلته مختارة وجب عليها الكفارة والاكراه يقتضي تحمل ما يجب على المكره لو فعله طوعا في كل موضع يتحقق الاكراه
والاقوى عندي الثاني لانه لم يفطر احدهما فلا يوجب كفارة قال دام ظله وهل يقبل الصوم التحمل الظاهر
من فتاوى علمائنا ذلك اقول الصوم كفارة وكل كفارة تقبل التحمل والصغرى ظاهرة والكبرى
بالنص على تحمل الكفارة مطلقا من غير استفصال فيعم ولاستحالة تاخير البيان عن وقت الحاجة ويحتمل عدم
التحمل لانها عبادة بدنية فالاولى ان التحمل هنا مجاز لوجوبه عليه ابتداء من غير سبق وجوب عليها لكن لما فرض
الوجوب على تقدير المطاوعة سمي تحملا قال دام ظله لو جامع ثم انشأ سفرا اختيارا لم يسقط الكفارة
ولو كان مضطرا سقطت على رأي اقول الخلاف هنا قد مر وانما ذكر هذه المسألة لانه فرق بين الحيض و
بين انشاء السفر الاضطراري ان الحيض ليس له قدرة عليه بوجه ما بخلاف السفر فانه الجئ بحالة تقعد قدرته و
قصده لم يحرم الافطار والاقوى فيه اختيار ما فعل تقدير السقوط هناك يحتمل عدمه هنا والاقوى عندي السقوط و
المراد بالسفر الضروري ما يفوت بتركه نفس محترمة او مال يضر او صحة له قال دام ظله ولو خافتا
على انفسهما ففي الحاقهما بالخوف على الولد او بالمريض اشكال اقول لا اشكال في جواز افطارهما اجماعا
وانما الاشكال في وجوب الجبر بالكفارة كما في الخوف على الولد وعدمه كالمريض لان هذه المسألة فرع يمكن
رده الى كل واحد من الاصلين المذكورين وهما المريض المتضرر بالصوم وخوفهما على الولد اما الالحاق
بالمريض من حيث كونهما في خوف الضرر على النفس بالصوم فان المقتضي في المريض هو الخوف والمرض مظنته و
لهذا لو علم عدم التضرر في المرض وجب الصوم ويرد عليه ان هذا ما نص الشارع على كونه علة اذ الحكم الذي
يشتمل عليها اوصاف نص الشارع عليها لا تصح تعديه الحكم بها لانها ليست العلة والتحقيق ان الحكمة
اذا اعتبرت في علية الوصف وعدمها في عدمه كانت هي العلة في الحقيقة وكان الوصف معرفا فلا يضر تخلفه
مع وجودها بخلاف ما لو جعل الشارع الوصف علة لكونه مظنة الحكمة فالحكمة علة غائية ولا يضر تخلفها

بخلاف

بخلاف الوصف واما الحاق الحامل بالخوف على الولد فلعموم ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح قال سمعت ابا جعفر
عليه السلام يقول الحامل المقرب والمرضع القليلة اللبن لا حرج عليهما ان تفطرا في شهر رمضان لانهما لا تطيقان
الصوم وعليهما ان تتصدق كل واحد منهما في كل يوم تفطر فيه بمد من طعام وعليهما قضاء كل يوم افطرتا فيه تقضيانه
بعد قال دام ظله ويجب الفدية في غير رمضان ان تعين على اشكال اقول منشأه مساواة المعين
لرمضان ولهذا وجبت كفارته ولان المراد من الفدية جبر فضيلة الاداء مع تدارك اصل الصوم بالقضاء
وهو مشترك وعدم النص واصالة البراءة وهو الاقوى عندي قال دام ظله وهل يلحق بهما منقذ الغير
من الهلاك مع افتقاره الى الافطار والاقرب العدم اقول يحتمل الالحاق من وجوب الفدية بالحامل
والمرضعة لوجود العلة وهو تعمد الافطار لمصلحة الآدمي ووجه قرب العدم اصالة البراءة وعدم نص
الشارع ولانه فعل مباح فلا يجب به فدية والتحقيق ان نعم لان الاسباب الشرعية يحتاج في اثباتها الى
النص عليها قال دام ظله ولو فات بالسفر ومات قبل التمكن من قضائه ففي رواية يجب على الولي
قضاؤه اقول الرواية ما رواه منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يسافر في شهر رمضان
فيموت قال يقضى عنه وان امرأة حاضت في رمضان فماتت لم يقض عنها والمريض في رمضان لم يصح حتى يموت
لا يقضى عنه وافتى الشيخ ابو جعفر في التهذيب بجميع هذه الاحكام اعتمادا على هذه الرواية والاصح انه لا يقضى
عنه قال دام ظله ولو كان الاكبر انثى لم يجب عليها القضاء وحينئذ يسقط القضاء وقيل
يتصدق من تركته عن كل يوم بمد اقول الذي يقضي على الميت هو الولد الذكر المكلف عند موته
فلو كلف بعد موته ولو بلحظة لم يجب عليه القضاء فان تعدد الذكور بالوصف المذكور وجب على الاكبر
وان كان ذكرا وانثى فالذكر الاكبر ولو كان اصغر من الانثى وانما البحث هنا فيما اذا لم يكن له
ذكر مكلف وله انثى مكلفة سواء كان هناك ذكر غير مكلف او لم يكن ولعلمائنا فيه اقوال ثلثة آ لا قضاء
ولا فدية لاصالة البراءة واصالة عدم تكليف مكلف بقضاء ما وجب على غيره ولقوله تعالى وان ليس للانسان
الا ما سعى خرج ما نص على اكبر الذكور فيبقى الباقي على الاصل وروى حماد بن عثمان عمن ذكره عن ابي عبد الله عليه
السلام قال الرجل يموت وعليه دين من شهر رمضان من يقضي عنه قال اولى الناس به فان كان اولى الناس
به امرأة قال لا الا الرجال وهذه ضعيفة السند مرسلة لكن الآية والاصل يعضدها ب يجب
عليها القضاء وهو المفيد وابن بابويه لانها ولية وكل ولي يجب عليه القضاء اما الاولى فلانها الولي

هو الوارث واما الثانية فلقول ابي عبد الله عليه السلم فان مرض فلم يصم شهر رمضان ثم صح بعد ذلك
فلم يقضه ثم مرض فمات فعلى وليه ان يقضي عنه الحديث واتفق الكل على عمومه والجواب المنع من الاولى وقد
دلت الروايات الصحيحة على تفسير الولي انه اكبر اولاده الذكور ج ليس عليه قضاء ويجب الفداء عن كل يوم
بمد وهو قول الشيخ في المبسوط وابن حمزة وابن ادريس لما رواه ابو مريم عن الصادق عليه السلم في حديث فلم
يزل مريضا حتى يموت فليس عليه شيء وان صح ثم مرض حتى يموت وكان له مال صدق عنه الحديث وقد ظهر ان عوض
الصوم الفداء وهو مد والاصح الاول قال دام ظله فان انكسر يوم فكان الواجب على الكفاية فان صاما معا او
فطراه بعد الزوال دفعة او على التعاقب او احدهما ففي الكفارة وجوبا مجملا اشكال اقول اذا كان
وليان وانكسر عليهما يوم كما لو وجب قضاء خمسة ايام فصام كل واحد يومين فبقي الخامس او كان خمسة
اولياء ووجب عليه ستة ايام فالكلام هنا في موضعين آ كيفية وجوب ذلك اليوم عليهما ولا اشكال
في سقوطه عن كل واحد بفعل الاخر فعلى عدم فعل كل واحد شرط في وجوبه على الاخر ويكون من قبيل الواجب المشروط وجوبه
او من قبيل الواجب على الكفاية فلذلك قال فكان الواجب على الكفاية ولم يجزم بكونه واجبا على الكفاية وليس من المباحث
المهمة هنا والاقوى انه واجب على الكفاية عليهما ب الكفارة لو حصل افطار في هذا اليوم بعد الزوال فله
فيقول الصائم اما احدهما او كلاهما والثاني اما ان يفطر احدهما او كلاهما والثاني اما ان يكون
افطارهما دفعة او على التعاقب والمسائل اربع آ ان يصوم احدهما ويفطر فالاقوى وجوب الكفارة لانه قضاء
عن رمضان وقد افطر فيه بعد الزوال وكلما كان كذلك وجبت الكفارة والمقدمتان ظاهرتان ويحتمل العدم لانه لم
يتعين عليه والكفارة وردت فيما وجب على الاعيان وهذا لم يجب عينا بل على الكفاية والوجوبان متغايران فلا يلزم
من اقتضاء احدهما الكفارة اقتضاء الاخر اياها لان الوجوب على الكفاية معرض للسقوط وعدم الاثم بالترك
فهو اضعف والحق الاول لعموم النص على من افطر في قضاء رمضان مخصوصا على القول بان الواجب على الكفاية
يتعين بالشروع ابتداء ب لو صاما معا وافطر واحد منهما خاصة فهذا مبني على مسئلة اصولية هي ان الواجب
على الكفاية يجب على الكل وانه يسقط بتمام فعل واحد من المكلفين عن الاخر فقبل التمام يكون الوجوب
على الكل لم يسقط عن احد فعلى هذا تبين المقدمتين يحتمل وجوب الكفارة لانه اولى من الوجوب لو افطرت ثم
حاضت لوجود التكليف هنا حال الافطار بخلاف الحائض على ما اخترناه والحق عدم الوجوب لانه قد وقع
قضاء ذلك اليوم في غير ذلك الزمان واجزأ عن المفطر كما لو فعله هو ج ان يفطرا معا ولا اشكال هنا في وجوب

احدهما

احدهما في الحال بعد الافطار الكفارة فنقول يحتمل العدم لاستحالة كون الصومين لو صحا قضاء عن
ذلك اليوم احدهما بعينه ترجيح بلا مرجح واحدهما لا بعينه لا يوجب الكفارة فيه لانها تابعة لتعيين
الصوم ولهذا شرط في الكفارة في قضاء رمضان كونه بعد الزوال التعيين ويحتمل الوجوب لانه افطار في قضاء
رمضان بعد الزوال فيدخل تحت العموم والموضع الثاني على تقدير وجوب الكفارة الاشكال في محلها يحتمل
الوجوب عليهما بمعنى انه علق على كل واحد كفارة لوجوب الواجب على الكفاية على الكل ولم يحصل مسقطه
عن احدهما ويحتمل عليهما معا كفارة واحدة لان القضاء واحد ولا ترجيح والوجوب هنا على الكفاية
كالاصل وهو الاقوى عندي د ان يفطرا على التعاقب فالاشكال في وجوب الكفارة كما مر وفي محلها ايضا
يحتمل على الاخير لتعينه لقضاء رمضان بافطار الاول ويحتمل عليهما لان كل واحد قد افطر في قضاء رمضان
وليس بجيد لان الاداء صوم واحد فلا يتعدد قضاؤه واحدهما غير قضاء ولا نعلم القضاء مما هو منهما
وشرط التكليف العلم لاستحالة تكليف الغافل ولم يدل دليل على ترجيح احدهما والاصح انه لا كفارة
اذا عرفت ذلك فقول المصنف ولو صاما وافطراه بعد الزوال دفعة اشارة الى المسئلة الثالثة
وقوله على التعاقب اشارة الى الرابعة وقوله واحدهما اشارة الى المسئلة الاولى والى الثانية اي
او احدهما صاما ثم افطره او احدهما افطره خاصة قال دام ظله وفي القضاء عن المراة والعبد
اشكال اقول هنا مسئلتان آ في القضاء عن المراة ومنشأ الاشكال فيه عموم قوله تعالى
كتب عليكم وعموم قوله تعالى فعدة من ايام اخر فنقول هذه المراة اما ان تكون قد تمكنت من الاداء
او من القضاء اولا من واحد منهما والثاني يسقط عنها وعن وليها لانه لو وجب القضاء على الولي في
موضع وجوبه تابع لوجوبه بالاصالة على الميت اداء وقضاء واما عن نفس المخصص فانه تابع لسببه الوجوب
والاول يصدق انه وجب عليها هذا العموم وكلما وجب عليها وجب على وليها اما الاولى فللعمومين
المتقدمين واجماع الامة واما الثانية فلما رواه ابو بصير في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلم قال
سألته عن امراة مرضت في رمضان وماتت في شوال فاوصتني ان اقضي عنها قال هل برئت من مرضها قلت
لا ماتت فيه قال لا يقضى عنها قلت فاني اشتهي ان اقضي عنها وقد اوصتني بذلك قال وكيف يقضى شيئا لم يجعله الله
عليها الحديث علل الصادق عليه السلم عدم القضاء بعدم وجوبه عليها وعلة العدم عدم ما هي علة
الوجود بوجودها وقد ثبت ذلك في الكلام وكلما وجدت العلة وجد المعلول ولانه لو لم يجب القضاء

فقال

مع ابن لم يكن للاستقبال تعلق ابتداء معنىً وفيه نظر لانه استدل لا لضحة قضا الوصى على وجوب قضاء
الولى فانه سال عن امراة اوصت ولم يذكر انه وليها وهذه المقدمة لم يدل عليها الرواية ولم يذكر المستدل
عليها دليلا وبوجوب القضاء قال الشيخ وابن البراج والمصنف في المختلف وقال في موضع آخر لا قضا عليه
للاصل وهو الصحيح عندى وبا في لقوله تعالى وان ليس للانسان الا ما سعى خص بالرجل الروايات فيبقى على
الاصل **ب** في القضا عن العبد ومنشاء الاشكال عموم قولهم عليهم السلام فعلى وليه ان يقضى عنه و
اعترض بقولهم عليهم السلام في تمام الخبر وان لم يكن له ولى تصدق عنه من تركته دل بالمفهوم
على الحرية فهذه المسئلة ترجع الى ان الضمير اذا رجع الى البعض هل يقتضي التخصيص ام لا قد حقق
ذلك في الاصول والحق عندى عدم القضا لما تقدم **قال** دام ظله ولو نسى غسل الجنابة
حتى يمضى عليه الشهر او بعضه قضى الصلوة والصوم على رواية وقيل الصلوة خاصة **اقول**
الاول قول الشيخ في النهاية والمبسوط وابن الجنيد لما صح من ان ابا عبد الله عليه السلام سئل
عن رجل اجنب في شهر رمضان فنسى ان يغتسل حتى خرج شهر رمضان قال عليه ان يقضى الصلوة
والصيام والثاني قول ابن ادريس للاصل والحديث رفع النسيان وهو العموم لانه اقرب
المجازات الى رفع الذات والحق الاول **قال** دام ظله ويجوز الافطار في قضاء رمضان الى الزوال
ويحرم بعده والاقرب الاختصاص بقضاء رمضان **اقول** وجه القرب ان غير رمضان والمعين غير معين
فلا فرق في الافطار فيه بين قبل الزوال وبعده عملا بالاصل خالفناه في قضاء رمضان لورود النص
والاجماع بقى الثاني على الاصل ويحتمل مساواته له اذ المنع لمضى اكثر الزمان صائما وهو موجود في
غيره والعموم قوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم خرج ما قبل الزوال في غير معين للنص وقال علي بن بابويه
بالتحريم في قضاء رمضان وقضاء النذر المعين ووجوب الكفارة والاقوى عندى ما اختاره المصنف
الفصل الثالث في وقت الامساك **قال** دام ظله ولو نذر يوما فاتفق احدهما او الاقضاء
على راى **اقول** هذا احد قولى الشيخ وابن البراج وابي الصلاح وابن ادريس لان كلما لا يصح صومه
لا ينعقد نذره وكلما لا ينعقد نذره لا يجب قضاؤه واوجب في النهاية وموضع من المبسوط القضاء لانه ليس
من شرط النذر قبوله لان له في نفس الامر كالمريض بل في ظنه وقد وجد **قال** دام ظله وصوم الصبى المميز صحيح
على اشكال **اقول** ينشاء من ان الصبى هل هو مخاطب بالمندوب ام لا فعلى الاول يوصف بالصحة

وعلى

وعلى الثاني لا لان الصحة وصف العبادة الواجبة او المندوبة والتحقيق ان مبنى هذه المسئلة على ان الامر بالامر
بالشيء هل هو امر بذلك الشيء ام لا وقد حقق في الاصول والحق انه ليس امرا بذلك الشيء وان صوم الصبى صحيح
بمعنى انه موافق الامر الصادر عن امر الشارع او الامر من له الالزام وقال الشيخ رحمه الله بصحته وانعقاده ويتفرع
على هذه المسئلة بلوغه في اثناء النهار قبل الزوال بغير المبطل فعلى الصحة يجب الاتمام وعلى عدمها لا يجب وهو
الاقوى عندى **قال** دام ظله والاقرب في المندوب الكراهة **اقول** ذهب قوم الى تحريم صوم النفل في
السفر الا ثلثة ايام الحاجة الاربعاء والخميس والجمعة عند قبر النبي عليه السلام او مشهد من مشاهد الائمة عليهم السلم
لنهى ابي الحسن عليه السلم عنه وجوزه ابن حمزة والقاضي وابن ادريس لعموم الامر بالصوم والترغيب فيه وذهب
الشيخ الى الكراهية وهو اختيار المصنف هنا وهو الاقوى عندى لتعارض الروايات ولقوله عليه السلم ليس من البر
الصيام في السفر ورفع البر لا يستلزم التحريم لعدم دلالة العام على الخاص **قال** دام ظله وكذا في الكفارة
على اشكال **اقول** معناه انه استيقظ جنبا بعد الصبح في الكفارة بعد التلبس وقيل تجاوز النصف
والاشكال ينشاء من وجوب التتابع فيتعين صوم كل يوم بعد الاول وقيل تجاوز النصف فصار كرمضان ومن عدم
تعيينه في الاصل ولا بالصوم قبله لوجوب الاستيناف من غير قضاء مع الاخلال ولان تعيينه لضرورة التتابع
وهو انما يتم على القول بابطال التتابع وانما يبطل التتابع لو قلنا بابطاله فيدور وهو باطل قطعا واعلم
ان هذا ينبني على تغير المعين وقد مضى والاصح الصحة **قال** دام ظله وشرائط قصر الصلاة والصوم
واحدة ويزيد اشتراط الخروج قبل الزوال على راى وقيل شرطا التبييت **اقول** في هذه المسئلة اقوال
اربعة **آ** اشتراط الخروج قبل الزوال مطلقا اختاره هنا وهو مذهب المفيد وابي جعفر بن بابويه وابن
الجنيد وهو الاقوى عندى لعموم الامر بالاتمام ولانه سفر لا يوجب قصر صلوة ذلك النهار فيجب
ان لا يوجب قصر صومه اما الاولى فظاهرة للامر واما الثانية فلصدق كل سفر موجب لقصر الصوم
موجب لقصر الصلاة لما رواه سماعة عن ابي عبد الله عليه السلم قال ليس يفترق التقصير والافطار الحديث
ويلزمه كلما لا يوجب قصر الصلاة لا يوجب قصر الصوم ولما روى محمد بن مسلم في الصحيح من قول ابي عبد الله
عليه السلم اذا سافر الرجل في شهر رمضان فخرج بعد نصف النهار عليه صيام ذلك اليوم ويعتد به من شهر رمضان
ب اشتراط تبييت النية من الليل لا غير فاذا نوى ليلا فاته وقت سافر ولو بعد الزوال افطر وهو مذهب
الشيخ في النهاية وابن البراج لرواية علي بن يقطين عن ابي الحسن موسى الكاظم عليه السلم في الرجل يسافر في شهر

وهو الذى اختاره المص

رمضان يفطر في منزله فقال إذا حدث نفسه بالليل في السفر أفطر إذا خرج من منزله وإن لم يحدث نفسه من الليل ثم بدا
له في السفر من يومه أتم صومه ج اشتراط النية من الليل والخروج قبل الزوال معاً وهو اختيار الشيخ في المبسوط جمعاً بين الروايات
د عدم اشتراط أحدهما بل متى سافر وجب القصر سواء بيّت النية أو لا خرج قبل الزوال أو بعده وهو اختيار المرتضى لعموم قوله
تعالى أو على سفر **المقصد الثاني** في أقسامه قال دام ظله ولا يشترط خلو الذمة من صوم واجب على إشكال أقول
ذهب الشيخان وابنا بابويه والمصنف في المختلف إلى الاشتراط لروايتي الحلبي وأبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام حيث
سئل عن الرجل عليه من شهر رمضان طائفة أيتطوع فقال لا حتى يقضي ما عليه من شهر رمضان وذهب السيد المرتضى في بعض مسائله
إلى عدم الاشتراط للأصل ولأنه ليس بأخص من الترك وهو سائغ فالتطوع بالجواز والحق الأول قال دام ظله ولو قيد
ما في الذمة بالسفر ففي جواز سفره في رمضان اختياراً إشكال أقربه ذلك والأداء أقول منشأه أنه مستلزم لتحريم
لاستلزامه وجوب القضاء المستلزم لبطلان النذر اختياراً وهو محرم وأصالة إباحة السفر والقضاء مستحق
كالأصل ووجه القرب أنه لو حرم لزم استلزام الشيء لنقيضه واللازم باطل فالملزوم مثله بيان الملازمة أن
تحريمه يستلزم تحريم القصر فيه لأنه كلما لم يحل السفر لم يحل الإفطار ولا مقتضي لتحريم السفر إلا جواز الإفطار لأنه
هو المستلزم للإخلال بالنذر اختياراً المستلزم لتحريم السفر إجماعاً وإذا انتفى المقتضي انتفى تحريم السفر لعدم السبب
المقتضي له فيستلزم تحريمه عدم تحريمه وأما استحالة التالي فظاهرة وهذا وأشباهه في مسائل تأتي بيّنها
المصنف بالدور ويمكن توجيه الدور المصطلح عليه بأن تحريم السفر موقوف على وجوب القصر وهو موقوف على إباحة
السفر والإباحة موقوفة على عدم الإخلال بالنذر وهو موقوف على وجوب الإتمام ووجوب الإتمام على تحريم السفر
فيتوقف على نفسه بمراتب قال دام ظله وفي وجوب التأخير إلى شعبان إشكال أقول منشأه أنه قد تعارض
واجبان مضيق وهو النذر وموسع وهو قضاء رمضان فيقدم النذر والحق أنه لا يجب التأخير لأن قضاء رمضان
مستثنى من أصل النذر وهو متعين ولأنه واجب بالأصل قال دام ظله وكفارة رمضان وقضائه بعد الزوال
على رأي إلى قوله وجزاء الصيد على رأي أقول قد تقدم الخلاف في هذا الموضع قال دام ظله وهل يجب
المبادرة بعد زوال العذر فيه نظر أقول منشأه من وجوب التتابع وإتمامه لأن الإخلال لعذر وقد زال ولأنه من حين
شروعه وجب عليه صوم كل يوم من الشهر الأول ولا يجوز له الإفطار في أحد الأيام إلا لعذر فإن اختص بأحدها
اختص الإفطار به ومن سقوطه بالعذر ولأن معنى التتابع إلحاق كل ثان بمتلوه في الصوم فإذا أفطر في اليوم
الثاني لم يتحقق المتابعة بينه وبين الثالث إذ لا صوم فيه ولا بين الثالث والأول لتخلل الإفطار بينهما

موقوف
صح

فلا

فلا تمكن التتابع في الثالث فلا يتعين صوم ما بعده والحق الأول لأن الإفطار في الشهر الأول
رخصة وكل رخصة لا يتعدى محل الضرورة قال دام ظله وفي باقي الخصال قولان أقول ذهب ابن الجنيد
والشيخ وابن أبي عقيل إلى أنه خلاف للأصل ولأن التتابع المأمور به إما أن يكون هذا أو إتباع يوم آخر وهكذا إلى
آخر الشهرين والثاني محال وإلا لما أخرا بدونه فتعين الأول وهو المطلوب وذهب ابن إدريس وأبو الصلاح
إلى عدمه لأن تتابع الشهرين لا يحصل بدونهما ولا استبعاد في اجتماع التحريم كالإثم بل ههنا أولى لتغاير
متعلق الأمر والنهي وهذا هو الحق عندي قال دام ظله ويثبت بشهادة عدلين مطلقاً على رأي أقول
اختلف الناس فيما يثبت هلال رمضان من عدد الشهود على أقوال أربعة آ شهادة عدلين وإليه أشار بقوله مطلقاً
أي يقبل شهادتهما سواء كان هناك غيم أو لا وسواء كانا من البلد وخارجه وهو اختيار المفيد والسيد المرتضى وابن
الجنيد وابن إدريس لقول علي عليه السلام لا تقبل شهادة النساء في الهلال إلا شهادة رجلين عدلين و
هو الأقوى عندي ب قال الشيخ في النهاية إن كان في السماء علة لم يثبت إلا بشهادة خمسين من أهل البلد
أو عدلين من خارج البلد وإن لم يكن هناك علة وطلب فلم ير لم يجب الصوم إلا بشهادة خمسين من خارج البلد و
اختاره ابن البراج لقول الصادق عليه السلام ولا يجزي في رؤية الهلال أقل من شهادة خمسين وإذا كانت في السماء
علة يثبت بشهادة رجلين يدخلان ويخرجان من مصر ج قال في المبسوط مع وجود العلة من غيم وغبار وقتيم
يقبل شهادة عدلين مسلمين وإن لم يكن علة لم يقبل إلا شهادة القسامة د قول سلار يثبت بالواحد وسيأتي
قال دام ظله ومع التعدد وتعدد الشهادة شهد بالأولية فالأقرب وجوب الاستفصال والقبول
إن أسندها إليها أو وافق رأي الحاكم أقول إذا شهد الشاهدان بالأولية مطلقاً فالأقرب أنه يجب على
الحاكم الاستفصال لأنها مسألة اختلفت فيها الأقوال واضطربت فيها آراء الرجال فوجب الاستفصال لجواز
استناده إلى سبب مختلف فيه كالعدد فأشبه الرضاع في وجوب الاستفصال ويحتمل ضعيفاً عدمه لاقتضاء
استناد إطلاقها إلى المجمع عليه على القول بوجوب الاستفصال وهو الأقوى عندي أو على عدمه لكن استفصله الحاكم
إما أن يتحد مستند الشهادتين بالأولية أو يختلف فإن كان الأول فإن استندا إلى الرؤية في شهر واحد في ليلة واحدة
قبل وإن اختلفت ما نال الرؤيتين قبل إجماعاً وإن اختلف الشهر كأن يشهد أحد الشاهدين بأول شعبان برؤيته هلاله
ليلة الجمعة مثلاً فيعلم أن الأحد من رمضان إذ العلم بوجود الملزوم يستلزم العلم بوجود اللازم مع العلم بالملازمة
وشهد الآخر أن الأحد من رمضان فالأقرب القبول ويحتمل عدمه لأن كل واحد يخالف الآخر في شهادته ولم يثبت

احدهما ولان العلم باللازم تابع للعلم بالملزوم ولم يحصل للحاكم العلم بالملزوم من شهادة الشاهد
الواحد وانتفاء العلم بالمتبوع يستلزم انتفاء العلم بالتابع لان العلم هنا به من جهة انه تابع واذا استند احدهما
الى الرواية والاخر الى الحساب لم يوافق ذلك الحاكم كالعدد والحساب فالاقرب عند المصنف القبول لما تقدم
واحتمال عدم القبول هنا اقوى من احتماله ثمة لان سبب الملزوم ثمة ضروري وهنا ظني مختلف فيه قال دام ظله
ولو غمت الشهور فالاقرب العمل بالعدد اقول وجه القرب ان العادة تقضي بنقص بعض الشهور وتمامية بعضها فاعتبار التمامية
في الجميع مستبعد ولان السنة الهلالية ثلثمائة واربعة وخمسون يوما وخمس وسدس يوم لعود القمر الى النقطة
التي سار منها بحركته الخاصة في هذه المدة فاذا كان اول السنة الماضية الخميس كان اول السنة المستقبلة الاربعاء
لان آخر الثلثمائة واربعة وخمسين يوما الجمعة فاذا كملت العدد باربعة ايام كان كما قلنا فاعتبر عد خمسة ايام من الماضية
ويصام يوم الخامس والسادس في السنة الكبيسة وهي الخامسة من السنة المفروضة اولا وكذا في كل خمس وستين
وقال الشيخ في بعض كتبه تعتبر التمامية في الجميع والاقوى ما قواه المصنف دام ظله في الدروس وهو العمل بالعدد
اعني كل شهر ثلاثين قال دام ظله ولا يثبت بشهادة الواحد على رأي اقول قال سلار يثبت بشهادة الواحد
لافادتها الرجحان ويستحيل العمل بالمرجوح مع قيام الراجح ولا يرد في غير العبادات ولرواية محمد بن قيس عن ابي جعفر
عليه السلام قال قال امير المؤمنين عليه السلام اذا رأيتم الهلال فافطروا او شهد عليه عدل من المسلمين لنا
قول النبي عليه السلام فان شهد عدلان فصوموا وافطروا وانسكوا اقيل على المجموع فلا يدل على كل واحد
ورواية عبيد الله بن علي الحلبي الصحيحة عن الصادق عليه السلام قال قال علي عليه السلام لا يقبل شهادة
النساء في رؤية الهلال الا شهادة رجلين عدلين وعلى الاول لا يقبل في غير الصوم والجواب عن حجة سلار
ان روايته في طريقها محمد بن قيس وهو مشترك بين الجماعة منهم ابو احمد وهو ضعيف والعدل كما يصدق على الواحد
يصدق على الكثير كما نص عليه اهل اللغة ويمنع افادة خبر الواحد الرجحان ولاستلزامه المحال او العمل في غير
الصوم وهو باطل اجماعا قال دام ظله ولو اصبح معيدا وسار به المركب الى موضع لم ير فيه الهلال لقرب
الدرج ففي وجوب الامساك نظر اقول ينشأ من ثبوت حكمهم عليه بانتقاله اليهم ومن لزوم تحريم اليوم
وترتب حكم له عليه والاقوى انه لا يثبت عليه وجوب الصوم لسبق تعيده بالعيد وهو مناف قال
دام ظله ولو راى هلال رمضان ثم سار الى موضع لم ير فيه فالاقرب وجوب الصوم يوم احد وثلاثين وبا
لعكس يفطر التاسع والعشرين اقول وجه القرب ان الاعتبار برؤية اهله وعليهما انما هو الموضع

الذي

الذي فيه الشخص لا بلد سكناه والا لوجب على الغائب عن بلده الصوم برؤية الهلال في بلده اذا لم يستهل
في موضعه ولما وجب عليه الصوم برؤيته في موضعه اذا لم ير في بلده وهو باطل اجماعا ويحتمل ضعيفا عدمها
لاستلزامه الزيادة على الشهر او النقصان عنه قطعا ومبنى هذه المسئلة على ان الارض هل هي كروية او مسطحة
الاقرب الاول لان الكواكب تطلع في المساكن الشرقية قبل طلوعها في المساكن الغربية وكذا في الغروب فكل بلد غربي بعد
عن المشرقي بالفصل يتاخر غروبه عن غروب الشرقي ساعة واحدة وانما عرفنا ذلك بارصاد الكسوفات القمرية حيث ابتدأت
في ساعات اقل من ساعات بلدنا في المساكن الغربية واكثر ساعات بلدنا في المساكن الشرقية فعرفنا ان غروب الشمس
في المساكن الشرقية قبل غروبها في بلدنا وغروبها في المساكن الغربية بعد غروبها في بلدنا ولو كانت الارض مسطحة
لكان الطلوع والغروب في جميع المواضع في وقت واحد ولان السائر على خط من خطوط نصف النهار على الجانب الشمالي
يزداد عليه ارتفاع القطب الشمالي وانخفاض الجنوبي وبالعكس فالاول مبني على الاول والثاني على الثاني المقصد
الثالث في الاعتكاف قال دام ظله او يمضي يومين فيجب الثالث على قول اقول هذا اختيار الشيخ
وابن الجنيد وابن حمزة لقول ابي جعفر عليه السلام فان اقام يومين ولم يكن اشترط فليس له ان يخرج ويفسخ
اعتكافه وليس له ان يخرج حتى يمضي ثلثة ايام ومنعه المصنف والمرتضى وابن ادريس للاصل ولان ايجاب ما لم يجب
بغير نص عليه قول بسبب موجب لعلم وظن لا يجوز والجواب عن الرواية تضعيف السند فان طريقها علي بن فضال
وهو ضعيف والاقوى عندي قول الشيخ رحمه الله والرواية وان كان في طريقها علي بن فضال الكلام يزكيها
الاصحاب قال دام ظله لو كان عليه قضاء صوم او صوم منذور غير معين والاعتكاف كذلك فنوى بالصوم القضاء
او النذر فالاقرب الاجزاء عنه وعن صوم الاعتكاف اقول وجه القرب ان الشرط هو كونه صائما وقد حصل كما
لو نذر صلوة وفعلها بطهارة متقدمة وهو الاقوى عندي ويحتمل ضعيفا عدمه لان نذر المشروط يستلزم نذر
الشرط فلا يجزي عنه غيره كما لو نذر الصوم ابتداء ولانه شرط لا يصح تقديمه على الفعل بخلاف الطهارة قال
دام ظله ولو اعتكف خمسة قيل وجب السادس فلا يجب الخامس اقول قال الشيخ في النهاية لو اعتكف بعد
الثلاثة يومين اخرين وجب الثالث وقبلهما بالخيار وهو اختيار ابن الجنيد لما رواه احمد بن محمد عن
ابن محبوب عن ابي ايوب عن ابي عبيدة عن ابي جعفر عليه السلام قال المعتكف لا يشم الطيب ولا يتلذذ بالرياحين
ولا يماري ولا يشتري ولا يبيع قال ومن اعتكف ثلاثة ايام فهو يوم الرابع بالخيار ان شاء زاد ثلاثة ايام اخر وان شاء خرج من المسجد وان اقام يومين بعد الثلثة فلا يخرج من
حتى يتم ثلاثة ايام اخر والبحث قد تقدم قال دام ظله وانما يصح في اربعة مساجد مكة والمدينة والجامع الكوفة

والبصرة على رأي اقول هذا مذهب الشيخ والسيد المرتضى وابن ادريس وهو الاقوى عندي لما رواه
عمر بن يزيد في الصحيح قال قلت لابي عبد الله عليه السلام ما تقول في الاعتكاف ببغداد في بعض مساجدها قال لا
يعتكف الا في مسجد جماعة صلى فيه امام عدل جماعة ولا بأس بان يعتكف في مسجد الكوفة والبصرة ومسجد المدينة ومسجد
مكة وهذا بيان للمسجد الذي ذكره في قوله الا في مسجد جماعة والا لم يكن فيه فائدة لا يقال هذا الحديث في طريقه سهل بن زياد
وفيه قول لانا نقول ان شيخنا ابا جعفر بن بابويه رواه في الصحيح ولكنا اني واسقط علي بن بابويه مسجد البصرة واسقط مسجد
المدائن وابنه الخمسة وقال المفيد لا يكون الاعتكاف الا في مسجد اعظم لما رواه يحيى بن العلاء الرازي عن ابي عبد الله عليه
السلام قال لا يكون اعتكاف الا في مسجد الجماعة والجواب انه محمول على احد الاربعة لما يأتي جمعا بين الادلة
لان المطلق يحمل على المقيد مع اتحاد القضية وجوز ابن ابي عقيل الاعتكاف في كل مسجد لعموم قوله تعالى وانتم عاكفون
في المساجد والجواب ما تقدم قال دام ظله والضابط ما جمع فيه النبي او وصي له جماعة او جمعة على رأي اقول هذان
ضابطان كلما ان اختار الاول علي بن بابويه وابن الجنيد لما رواه ابو جعفر بن بابويه في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام قال لا
اعتكاف الا في مسجد جماعة قد صلى فيه امام عدل صلاة جماعة الحديث والثاني اختيار المفيد والمرتضى وابن حمزة وابن
ادريس لما رواه علي بن عمران عن ابي عبد الله عليه السلام عن ابيه عليه السلام قال المعتكف يعتكف في المسجد الجامع
والجامع منسوب الى الجمعة ولان النبي عليه السلام اعتكف في مسجده وعليا عليه السلام في جامع الكوفة وجماعة من
الصحابة في جامع مكة وجماعة في مسجد البصرة واقر الفريقين علي عليه السلام فيقتصر عليها ويظهر فائدة الخلاف في
المدائن فانه روي ان الحسن عليه السلام صلى فيه جماعة فان النسخ هذه الرواية صح فيه على قول ابن بابويه وقول ابن بابويه
هو الصحيح عندي ومستند قول ابن ابي عقيل رواية داود بن الحصين عن ابي عبد الله عليه السلام قال لا اعتكاف الا بصوم في
المصر الذي انت فيه قال دام ظله فان اكره المعتكفة فاربع على رأي اقول قال الشيخ في المبسوط اذا
اكرهها لزمته اربع كفارات وان كان ليلا كفارتان بناء على قول اصحابنا وهو اختيار السيد المرتضى في الانتصار وابن
الجنيد وابن ادريس وابن البراج وابن حمزة وقيل لزمه كفارتان احتج الاولون بان الاكراه يلزم المكره ما على
الاخر لو طاوع لانه صلة منه وهو الاقوى عندي واحتج الاخرون بالاصل قال دام ظله ولو باع واشترى
اثم والاقرب عدم الانعقاد اقول هذا مبني على ان النهي في المعاملات هل يدل على الفساد ام لا وقد حقق في الاصول
وجزم الشيخ وابن ادريس بالبطلان قال دام ظله والاقرب صحة اتباع يوم من النذر واخرين من غيره هكذا
ست مرات اقول البحث هنا في مقامين آ في تصوير هذه المسألة فنقول اذا نذر مثلا اعتكاف العشر الاول

والحادي عشر من رجب وستة ايام في رجب ولم يعين واخل بالنذر الاول وكان على ابتداء اعتكاف ونحو منه
ولم يأت بيوم ثم مات وقلنا بوجوب قضاء ايام اعتكافنا ونذر ان يقضيه عنه ولده ايضا ان يعتكف ستة ايام او على
قول من يقول انه يصح ممن عليه صوم وليجاز ان يصوم ندبا وهذا الوجه اضعفها ب انه يصح ان يفرقها ستة كل
مرة ثلثة ايام اجماعا وهل له ان يخرج الاعتكاف فيأتي بيوم من هذه الستة ايام المنذورة ويومين من غيرها
الاخر الاقرب ذلك ووجه القرب عدم وجوب التتابع بين الستة ووجوده في الليلة كعدم صحة انفراد اليوم
ويحتمل ضعيفا عدمه لاستحالة كون الاعتكاف اقل من ثلاثة فيدخل تحت النذر وقول ويومين من غيره لا يلزم ان يكون ذلك
الغير مندوبا بل جاز ان يكون عليه قضاء اعتكاف واجب تقدم قال دام ظله ولو لم يشترط التتابع في المتعين
صح ما فعل ان كان ثلاثة فما زاد واتم ما بقي وقضى ما اهمل كذا او شرطه وقيل يستأنف ويكفر فيهما اقول الثاني قول
الشيخ في المبسوط احتج المصنف بان هذا النذر قد اشتمل على شيئين احدهما الزمان والاخر كيفية ولا يمكن
تحصيلهما معا لافطاره وليس مراعاة الكيفية اولى من مراعاة الزمان وبهذا يظهر الفرق بينه وبين غير المعين
قال دام ظله ولا يجب التتابع في قضائه الا ان يشترط التتابع لفظا على اشكال اقول منشأه من تبعية القضاء
للاداء لما وانه لا يكون بدلا والتتابع في رمضان لضرورة الزمان بخلافه هنا ولكونه اعادة ما فات بصفاته
المعتبرة شرعا الممكنة ومن ان الوجوب في زمان تعينه لا يساوي غيره وخرج الصوم بالدليل والاصل قال دام ظله
فلو ظهر يوم الثلثين العيد فالاقرب البطلان اقول اذا نذر اعتكاف ثامن عشر كذا مضافا تاسع عشر والثلاثة
مثلا وظهر ان الثلاثين العيد فنقول هذا فرع على ما اذا نذر صوم يوم فظهر انه العيد هل يجب عليه القضاء
ام لا وقد تقدم

كتاب الحج وفيه مقاصد الاول في مقدماته

قال دام ظله وهي شوال وذو القعدة وذو الحجة على رأي اقول هذا مذهب الشيخ في النهاية وابن الجنيد لقوله تعالى
الحج اشهر معلومات تقديره وقت الحج اشهر معلومات لان الحج افعال والاشهر زمان فلا يكون الزمان هو
الحج والاشهر صيغة جمع لا يطلق في الحقيقة الا على الثلاثة ولو وقع اجزاء الحج فيها اختيارا ادى ولا يسمى الوقت
الا ذلك قال الصادق عليه السلام الحج اشهر معلومات شوال وذو القعدة وذو الحجة لانه يفوت الحج بفواته خاليا
عن المناسك ولقوله عليه السلام الحج عرفة لو وقع اعظمها او كان الحج فيه ولقوله تعالى الحج اشهر معلومات
فمن فرض فيهن الحج اي اوجب واحرم بالتلبية والاحرام بالحج لا يكون بعدها التابع ولقوله تعالى
فلا رفث وذلك جائز في يوم النحر لانه يمكنه التحلل او لم الاجماع وقال ابن ادريس الى طلوع الشمس منه

وقال المرتضى وابن ابي عقيل وسلار وعشر من ذي الحجة وقال ابو الصلاح وثمان من ذي الحجة والنزاع
لفظي لانه ان عنى باشهر الحج الزمان الذي اذا فات فات الحج بفواته فهو الى عشر من ذي الحجة وان عنى به الزمان
الذي يصلح ان يقع فيه شيء من افعال الحج فهو الى آخر ذي الحجة قال دام ظله وللقارن والمفرد الطواف
اذا دخل مكة لكنهما يجددان التلبية استحبابا عقيب صلاة الطواف ولا يحلان لو تركها على رأي وقيل المفرد
خاصة والحق بشرط النية اقول اتفق الكل على ان للقارن والمفرد الطواف مستحبا او واجبا وعلى من
طاف منهما وجدد التلبية بعد صلاة الطواف لم يحل ثم اختلفوا في تارك التلبية بعد الطواف على
اقوال ثلثه آ لا يحل واحد منهما بتركها واختاره المصنف والشيخ في الجمل وموضع في المبسوط وابن ادريس
وهو الحق عندي لانه طواف لم ينو به التحلل فلا يوجب التحلل لقوله عليه السلام انما الاعمال بالنيات ب قال
في النهاية وموضع من المبسوط والخلاف من تركها منهما احل لقول ابي جعفر عليه السلام من طاف بالبيت وبالصفا و
المروة احل احب او كره ج قول الشيخ في التهذيب انه يحل المفرد لا القارن لقول ابي الحسن عليه السلام ما طاف
بين هذين الحجرين الصفا والمروة احد الا احل الا سائق الهدي واعلم ان استدلال اصحاب القولين الاخيرين مجمل والثالث
لا يلزم منه مطلوبهم قال دام ظله فيصير في الثالثة كالمقيم في نوع الحج ويحتمل العموم فلا يشترط الاستطاعة
اقول اما في نوع الحج فالنص والاجماع عليه واما احتمال العموم فلان نوع الحج وباقي الاحكام معلول لعلة واحدة
وهي الاقامة وثبوت احد المعلولين يدل على ثبوت الاخر بطريق برهان ان ولقول الباقر عليه السلام من اقام سنتين
فهو من اهل مكة الحديث وهذا يقتضي العموم فيبقى كاهل مكة في جميع احكامهم فلا يشترط الاستطاعة من بلده
وهو الاقوى عندي ويحتمل عدمه لان النص لم يتناول غير نوع الحج فيبقى الباقي على الاصل فيشترط استطاعته
من بلده والاولى ان يقال الاقامة على انحاء ثلاثة آ اقامة نوع الحج وهي تحصل بثلاث سنين الى ان يصير
في الثالثة مقيما في نوع الحج ب اقامة التمام وهي تحصل بنية اقامة عشرة ايام ج الاقامة في غير هذين الموضعين
كالوصية والنذر والوقف فالاولى اتباع العرف فيه قال دام ظله والولي هو ولي المال وقيل للام ولاية
الاحرام بالطفل اقول الخلاف انما هو في ولاية الام بالنسبة الى الاحرام بالطفل خاصة فاثبتها الشيخ
والمصنف في المختلف لان النبي عليه السلام لما مر بروثة وهو حاج قامت اليه امرأة ومعها صبي لها فقالت يا رسول الله
ايحج عن مثل هذا فقال نعم ولك اجره والاجر يتبع وقوع الفعل من الفاعل اختيارا على جهة التقرب فاضافة الاجر
اليها تدل على جواز فعلها به وقال ابن ادريس لا ولاية في المال ولا النكاح فينتفي هنا والاقوى اختيار ابن ادريس

قال دام ظله وللمولى الرجوع في الاذن قبل التلبس لا بعده فلو لم يعلم العبد صح حجه وللمولى ان
يحلله على اشكال اقول اذا اذن المولى لعبده في الحج يلزم الاذن بعد الشروع في الحج لا قبله
اجماعا فعلى هذا لو رجع بعد الشروع لم يصح رجوعه اجماعا وان رجع قبل التلبس فاما ان يعلم العبد
بالرجوع فيصح اجماعا وان لم يعلم برجوع المولى فاحرم فالكلام هنا في موضعين آ في صحة احرامه والاقوى
الصحة والا لزم تكليف الغافل ب انه هل للمولى ان يحلله ام لا فيه اشكال ينشأ من انه لو جاز التحلل لجاز
مع عدم الرجوع والتالي باطل اجماعا فالمقدم مثله بيان الملازمة ان حكم الاذن باق والا لزم تكليف الغافل
ولانه احرام مباح صحيح والا لزم تكليف الغافل فيجب اتمام النسك لانه محرم له ولا يجوز لاحد ابطاله لقوله
تعالى واتموا الحج والعمرة ومن كون الرجوع قبل التلبس والاذن غير لازم شرعا وقد رجع في وقت له الرجوع
ولا مانع اذ ليس الا الاحرام والرجوع وقع قبل الاحرام فلا يصلح للممانعة قال دام ظله والفائدة تظهر في العتق
قبل المشعر واباحة التحليل للمولى اقول ظهور الفائدة في اجتماع الصحة وجواز التحلل كالمصدود فانه يجوز
له التحلل من الاحرام مع صحته وتحريم المحرمات قبل ان يتحلل لو صبر حتى زال العذر وجب احد النسكين اعني
الحج او العمرة وههنا لو لم يحلله المولى حتى اعتق قبل الوقوف صح فانه يقع عن حجة الاسلام وان حلله المولى فعل
جاز ولم يكن مأثوما ووجب على العبد امتثال امر السيد وعندي فيه نظر لان الاحرام سبب موجب لتحريم
لم يعهد في الاحكام الشرعية كونه جائزا في اصله بل قد يطرأ عليه ما يسلط الشارع عليه وهو الصد والحصر ولم يتحقق
هنا والتحقيق عندي انه ان كان للمولى تحليله لم يجز عن حجة الاسلام لو اعتق قبله والبحث هنا راجع الى التعارض
المقوم بين عموم حق المولى وعموم واتموا الحج والعمرة والحق عندي تقديم الثاني لوجود الاذن من المولى وعدم علم
العبد بالرجوع ويستحيل تكليف الغافل قال دام ظله ولو افسده ما اذن مولاه فاحرم في نوبته فالاقوى الصحة اقول
موضع البحث هو انه هاياه وجعل نوبته مدة تسع لافعال الحج كلها واذن له في التصرف بها اذ كان يحتاج الحج الى غير
ولم يخص اذنه بنوع من التصرفات بل اطلق فنقول وجه القوة ان الاطلاق يقتضي التخيير في كل التصرفات ولانه
تملكه نوبته فتناول الاذن باطلاقه الحج اذ هو منها في وجه الخبر ويحتمل عدمه لعموم اشتراط الاذن والتحقيق
ان الاذن في الحج ان كان يستلزم وجوب التمكين من القضاء لو افسده ومن الصوم في الكفارات فلا يصح لاستلزامه
اللازم وهو امكان لزوم ذلك اذ هو يستلزم التصرف في غير نوبته وان كان لا يقتضي ذلك فالاجود ما اختاره المصنف
من الصحة واقوى من ذلك ما اذا لم يقتض الاذن ما ذكرناه ونص ابي الحسن على عموم الاذن فانه يصح هنا قطعا والفرق

بين المطلق والعام قد ذكر في الأصول **قال** دام ظله ولو افسد المأذون وجب القضاء وعلى السيد التمكين على
اشكال **أقول** منشأ من ان الاذن في الحج اذن في لوازمه ومن انه لو افسد لوجب القضاء ويحتمل عدمه لان الاذن في
الحج اذن في طاعة فلا يستعقب العقوبة بسبب جناية العبد ولان القضاء ملازم للفساد ولانه معلول له والاذن
سعه لانه اذن له في حج صحيح فلزم اذنه متعقبه من الافساد فان الامام عليه السلام نهى عن هذه ولا فساد
الدلالات الثلاث في الاذن على القضاء بالافساد والاول قول الشيخ في المبسوط واعلم ان المصنف
ذكر مسئلة عقيب هذه بلا فصل اشارة الى الفرق بين هذه المسئلة وبينها والمسئلة هي قوله لو تطيب المأذون
او لبس فعليه الصوم وللمولى منعه فجزم بالمنع هنا وهو قول الشيخ في المبسوط ايضا وتنكّر المصنف في القضاء
ثم الفرق ان وجوب الصوم بل كل العقوبات والكفارات بسبب فعل العبد ولم ياذن المولى فيه فان
المأذون فيه الحج والاحرام وسبب هذا الصوم هو التطيب غير لازم له فالمولى ما اذن في الصوم ولا في
سببه ولا فيما يستلزمه وهكذا في كل الكفارات والعقوبات فلذلك جزم المصنف بعدم وجوب التمكين
من الصوم على المولى واما القضاء فعدم وجوب تمكين المولى منه مبني على مقدمتين الاولى ان الثانية
هي العقوبة والثانية ان سبب وجوبها في هذا الموضع وامثاله الافساد لا غير لانه لم يجب ابتداء ولا سبب
يسار لها غير الافساد ولان الاصحاب عدوا الافساد من الاسباب الموجبة للحج فلما ثبت المقدمتين لا يجب على المولى
التمكين لان المولى ليس له اثر في وجوبها بل اذن في جعل المحل قابلا للتأثير بسبب الوجوب بعد العتق ووجه الاولى
والقائل بها مذكور في موضعه واما على القول بان الاولى هي العقوبة وان الثانية هي الاصل ومن خواصهما انها
تقع عن ما كانت تقع عنه الاولى لولا الافساد وان سبب وجوبها في كلها لم يكن قبل الشروع واجبه انعقاد
الاحرام الاولى كما اوجب تمام الاولى وهاتان الخاصيتان اجمع عليهما القائلون بان الثانية هي الاصل والاولى
العقوبة فعلى هذه المقدمة يجب على المولى التمكين لان المولى اذن في حج صحيح وفي الاحرام واذنه سبب لصحة شروع
العبد فيه واعتباره شرعا وصحة شروعه واعتباره شرعا اوجب الحج الصحيح ولزم المولى تمكينه منه
وحيث لم يحصل الحج الصحيح الاول وجبت الثانية بسبب الاحرام الاول والشروع فيه فاذن السيد
سبب فاعل للسبب الفاعل لوجوب الثانية فقد لزم من المقدمة الاخيرة وخاصيتها وجوب التمكين وقد قال
به كثير من الفقهاء بل هو الاقوى ولم يجزم المصنف بعدم وجوب التمكين على القطيب فان نسبة اذن المولى
فيه نسبة العلة المعدة للمحل لقبول الوجوب ولان في الحج القضاء نفس الاداء حقيقة واما على

قضاء

قضاء مجازا فالموجب هي الثانية التي تسمى قضاء مجازا واسناد الوجوب الى الافساد مجاز لانه يوجب
ابتداء كما في حج الاسلام وافساده بقي في عهدة التكليف لانه لم يأت بالمأمور فلم يجب بالافساد وانما بحث اسداء
وجب بالشروع بشرط القدرة وقد يتحقق السبب والشرط ولا يرد النقض بالصلاة لانه كاشف عن عدم كون الاحرام
ملزما واعلم ان ابن ادريس وجب في صوم الكفارة على المولى التمكين لعدم الفرق بين هاتين المسئلتين عنده
والمناظر لنا الكلام هنا لانه موضع اشتباه **قال** دام ظله ولو لم يجد الزاد والراحلة وامكن الشراء وجب
وان ادى عن من المثل على راي **أقول** ذهب الشيخ في المبسوط الى عدم الوجوب لانه لو خاف على ماله التلف لم يجب
حفظا للمال فكذا هنا وليس بجيد لكون العوض هنا على الادمي وهو منقطع وههنا الثواب على الله تعالى وهو دائم
وقد تقدم في التيمم مثله والحق اختيار المصنف لانه قد استطاع **قال** دام ظله وليس الرجوع الى كفاية
من صناعة او حرفة شرطا على راي **أقول** ما اختاره مذهب المرتضى وابن ابي عقيل وابن الجنيد وابن ادريس
لانه مستطيع وشرطه الشيخان وابو الصلاح وابن حمزة وابن البراج لرواية ابي الربيع الشامي عن ابي
عبد الله عليه السلام انه سئل عن قول الله عز وجل ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه
سبيلا فقال ما يقول الناس قال فقيل له الزاد والراحلة قال فقال ابو عبد الله عليه السلام قد سئل
ابو جعفر عن هذا فقال هلك الناس اذن لكان من كان له زاد وراحلة قدر ما يقوت عياله ويستغني
به عن الناس ينطلق اليه فيسلبهم اياه لقد هلكوا اذن فقيل له فما السبيل قال فقال السعة في المال اذا كان
يحج ببعض ويبقي بعض يقوت به عياله اليس قد فرض الله الزكاة فلم يجعلها الا على من ملك مائتي درهم والجواب
انها دالة على صرف بعض ماله في الحج وبعضه يبقيه لنفقة عياله وهذا مطلوبنا لا مطلوبكم **قال** دام ظله وهل
يجب على المعضوب الاستنابة الاقرب العدم **أقول** هذا اختيار ابن ادريس للاصل ولاستلزام عدم الشرط عدم
المشروط لعدم استلزام وجوده وجوده فلولا استلزام عدمه عدمه لجاز ان يكون كل شيء شرطا لغيره وذهب
الشيخ وابو الصلاح وابن البراج وابن ابي عقيل الى الوجوب لان عليا عليه السلام راى شيخا لم يحج قط ولم
يطق الحج من كبره فامره ان يجهز رجلا يحج عنه والجواب انه حكاية حال لا تعم انا نسلم السيد **قال** دام ظله
ولو لم يتمسك خلقة لم يجب الاستنابة على راي **أقول** المعتبر في الاستطاعة المباشرية في البدن امران
آ عدم مرض يضر معه بالركوب والسفر بها دنيا وخوفا لتلف وعيلولة شديد **ب** قوة يستمسك بها
على الراحلة فمع عدمهما هل يجب الاستنابة اولا والاول تقدم واما الثاني فالخلاف كما مر ايضا والاصل

في هذه المسائل ان الحج فرض يتعلق بالبدن والمال والاستطاعة في الثاني شرط في وجوبه على البدن اجماعا
من المسلمين وقد فسر الفقهاء معنى الاستطاعة واما الاستطاعة في الاول فشرط في وجوبه في المال لا يشك عندنا
لقوله تعالى من استطاع وقيل ليس بشرط فيجب الاستئجار لخبر امير علي عليه السلام للشيخ بما قال دام ظله ولو كان
العدو لا يندفع الا بمال وتمكن من تحمله ففي سقوط الحج نظر اقول هذا من ان وجوب الحج مشروط بامكان المسير وشرط
الوجوب لا يجب تحصيله كما تقرر في اصول الفقه ومن انه مستطيع اذ الاستطاعة الغدوة وهي موجودة والعدو
لم يمنع من الحج عينا والاقوى عندي انه لا يجب دفع الظلم المالية وهذا هو اختيار الشيخ في المبسوط قال دام ظله ولو
وجد بذرقة بالاجرة وتمكن منها فالاقرب عدم الوجوب اقول هذه المسألة فرع على عدم وجوب دفع المال الى العدو اذا
كان يندفع بمال ولم يسقط الحج وتقريرها انه لو علم انه بالبذرقة يحصل الامن من العدو وبدونها لا يحصل المنع من العدو
او الخوف المسقط وتوقفت البذرقة على دفع اجرة لها وهو يقدر عليها هل يجب دفع الاجرة جعالة او اجارة ام لا
اما على القول بوجوب دفع المال الى العدو فيجب هنا قطعا واما على القول بعدم وجوب دفع المال الى العدو فيحتمل
الوجوب هنا لانه دفع المال الى الحلال في مقابلة عمل فنزل منزلة الاهبة كسائر الاهب بخلاف دفع المال الى الظالم فانه بغير
حق وقيل لا يجب لانه خسران لدفع ظلم فلا يجب كتسليمه الى الظالم وهذا هو اختيار الشيخ الطوسي رحمه الله
في المبسوط وهو الاقوى عندي قال دام ظله ولو افتقر الى القتال فالاقرب السقوط مع ظن السلامة اقول
وجه القرب ان الحج وجوبه مشروط بتخلية السرب ولا يجب تحصيل شرط الوجوب لما تقرر في اصول الفقه ويحتمل مع السلامة
من جرح وقتل وشين ومرض الوجوب لانه مقدور ولا ضرر في فعله ولانه امر بمعروف ونهي عن منكر واقامة
لركن من اركان الاسلام فيجب لعموم قوله عليه السلام لتأمرن بالمعروف واعلم ان المصنف عليه مني السلام اراد
بالظن هنا العلم العادي الذي لا يعد العقلاء نقيضه من المخوفات كامكان سقوط جدار سليم فعد بحثه لانه
مع الظن بالمعنى المصطلح عليه يسقط اجماعا ونريد بالسلامة هنا السلامة من القتل والجرح والمرض والشين لانه مع ظن
احدها بالمعنى المصطلح عليه في لسان اهل الشرع والاصول يسقط باجماع المسلمين والذي افتي به في هذه المسألة السقوط
قال دام ظله اذا اجتمعت الشرائط واهمل اثم فلو مات قضي من اقرب الاماكن الى الميقات على رأي اقول ما اختاره مذهب
الشيخ في المبسوط والخلاف لعدم تعلق غرض الشارع بقطع المسافة اذ وجوبه بالعرض واوجب الشيخ في النهاية
وابن البراج وابن ادريس الاستئجار من بلد الميت لانه مخاطب منه ولوجوب الانفاق من ماله عليه في حياته من بلده فاذا
مات سقطت المباشرة عن بدنه وبقي ما وجب على ماله وهو ممنوع والاقوى عندي اختيار المصنف وهو من اقرب

الاماكن قال دام ظله ولا استقرار بالاهمال بعد اجتماع الشرائط ومضي زمان جميع افعال الحج او دخول
الحرم على اشكال اقول ينشأ من ان التكليف بفعل في زمان لا يتسع له ولا يمكن اتمامه خارج ذلك الوقت محال
عند الامامية والمعتزلة لانه من باب تكليف ما لا يطاق فمع الاحرام ودخول الحرم بالوقت ظهر انه لم يكن مكلفا
بالحج لما ذكرنا في القاعدة واذا انتفى التكليف لم يتحقق الاستقرار وهو اختيار الشيخ في المبسوط لانه قال بعينه
العبارة شرط الاستقرار مضي من الزمان ما يمكنه فيه الحج بعد الوجوب ولا يفعله ومن استحقاق الاجير الاجرة تماما
به فدل على انه قام مقام الكل ولانه كلما اجزأ عن الواجب فهو واجب فان كان حال الاختيار فهو بدل اختياري وان كان
حال الاضطرار فهو بدل اضطراري فهذه قاعدة مجمع عليها خصوصا عند المعتزلة حيث قالوا لا يجزي عن الواجب الا ما
شاركه في الوجوه المقتضية لوجوبه فان كان في كل الوجوه والوقت لم يوجب الشارع احدهما عينا بل او احدهما
تخييرا والا اوجب الناقص عند تعذر الزائد ولا شك انه لو استقر عليه الحج وهو من استجمع شرائط الوجوب واستمرت
الى مضي زمان تكون فيه الاتيان بجميع افعال الحج اذا مضى بعد ذلك واحرم ودخل الحرم ومات ولم نذكر نفي الاستيجار عن
الجميع افعال الحج مع ابقاء معارضه دين جراءته عن تمام الحج ولم يجب الاستئجار عنه فقد اجزأ عن الواجب
وساواه واسقط القضاء فيحصل الاستقرار كادراك وقت الجميع لتساوي المتساويين في الاحكام وفيه نظر
لا نمنع اجزاءه عن الواجب بل نقول ان الشارع اسقط بالموت بعد الاحرام ودخول الحرم الوجوب بمعنى حصول البراءة
بلا انه قام مقامه وهذا الاسقاط مجرد تفضل بخلاف القضاء في الصورة المفروضة فلا يحصل الاستقرار والحق
عندي انه لا استقرار للحج بذلك لانه من باب العجز الحسي فيستحيل معه ايجاب الحج واعلم ان المصنف الذي جزم بعد
ذلك في البحث وفي غير هذا الكتاب بعدم الاستقرار قال دام ظله ولو استطاع في حال الردة وجب عليه
وصح منه ان تاب ولو مات اخرج من صلب تركته وان لم يتب على اشكال اقول هنا مسئلتان آ ما ذكره المصنف
هنا وهو حصول الاستطاعة بعد الردة وما تقدم لم نبحث هنا ومنشأ الاشكال انه استطاع وكلما استطاع و
القضاء عنه من تركته والاولى بعينه والثانية لعموم النص ومن انه لا يبرئ ذمة الميت والوارث ليس عنه
فلا يجب القضاء ولان القضاء عن الميت في حقه وكرامة للمسلم لبراءة ذمته لدلالة العقل والنقل على ان
ليس للانسان الا ما سعى خرج هذه المنصوص فيبقى الباقي على الاصل ومن قال ان المؤمن لا يكفر فقد ظهر
بالكفر عدم اسلامه ابتداء فلا يجب القضاء والحق عندي الاول لان الردة لا يسقط ولا يناسب الرخصة
والتحقيق ان الغرض تعلق بماله هنا للمسلمين بالنيابة فيجب اخراجه عنه ب انه استطاع قبل الردة

واستمرت الاستطاعة مدة يمكن فيها الحج وانما اهملها لانه يجب الاستيجار من ماله في صورة الاولى
عند المصنف فهنا اولى بالوجوب قال دام ظله ولو ركب البعض فكذلك على اشكال اقول اذا نذر الحج ماشيا
فركب بعض الطريق لغير عذر قضاه ماشيا كما لو ركب مجموع الطريق وهو اختيار ابن ادريس لاخلاله بالصفة
المشترطة وقال الشيخان يركب ما مشى ويمشي ما ركب لان الواجب عليه قطع المسافة ماشيا وقد حصل مع
التلفيق فيخرج عن العهدة والاقوى الاول قال دام ظله فان كان مطلقا توقع المكنة والا سقط على رأي
اقول اذا نذر الحج ماشيا وعجز فاما ان يكون مطلقا او معينا بسنة معينة فان كان الاول توقع المكنة
وان كان الثاني ففيه اقوال ثلثه آ يسقط الحج عنه لانه نذر جزئيا معينا من جزئيات الحج الكلي وهو الحج ماشيا
وقد عجز عن المنذور فيسقط لاستحالة التكليف بما لا يطاق وهو اختيار ابن ادريس ب قول بعضهم
انه يسقط وجوب المشي ويجب الحج راكبا لان الواجب بالنذر شيئان الحج والمشي ولا يسقط الميسور بالمعسور
ولا يجب الكفارة للاصل ج قول الشيخ الطوسي رحمه الله انه يركب ويكفر ببدنة لقول ابي عبد الله عليه السلم عن رجل
حلف ليحجن ماشيا فعجز عن ذلك فلم يطقه فليركب وليسق الهدي والجواب المنع من صحة السند ولا ذكر [illegible] المنذور
فيه هدي التمتع والالف واللام للعهد قال دام ظله ولو نذر حجة الاسلام لم يجب غيرها ولو نذر غيرها لم يتدا
خلا ولو اطلق فكذلك على رأي اقول ما اختاره هنا مذهب الشيخ في الجمل والخلاف وابن البراج وابن حمزة
وابن ادريس لانهما فرضان متغايران فلا يجزي احدهما عن الآخر وقال الشيخ في النهاية ان نوى بالنذر الحج عن حجة الاسلام
دون النذر اي وان نوى حجة الاسلام لم تجز عن النذر لرواية رفاعة بن موسى في الصحيح قال سألت ابا عبد الله
عليه السلم عن رجل نذر ان يمشي الى بيت الله هل يجزيه ذلك من حجة الاسلام قال نعم قلت ارأيت ان حج عن غيره ولم يكن له
مال وقد نذر ان يحج ماشيا ايجزي ذلك عنه من مشيه قال نعم والجواب انه محمول على نذر حجة الاسلام قال دام ظله
ولا المميز على رأي اقول هذا اختيار الشيخ لانه ليس من اهل التكليف وقيل يصح نيابته لوقوع الحج منه قال دام ظله
والاقرب اشتراط العدالة لا بمعنى عدم الاجزاء لو حج فاسقا الفاسق اقول وجه القرب ان الحج ثابت في الذمة فلا يخرج
بقول الفاسق عن العهدة لقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ويحتمل القبول لانه مسلم
اخبر عن فعل نفسه والاقوى الاول قال دام ظله والحامل والمحمول وان تعدد يحتسبان وان كان الحمل باجرة
على اشكال اقول تحرير البحث ان الانسان اذا حمل انسانا آخر في الطواف وقصد الطواف عن نفسه لكن لا بد
ان ينوي المحمول بحيث يصح له طواف ويكون عليه وقد اختلف الفقهاء هنا بعد اتفاقهم على وقوع طواف المحمول مع النية

رجز

القايلون م

منه ان كان بالغا ولو كان صبيا ونوى هو الطواف به معه فقال بعضهم لا يقع للحامل لان العبادة الواجبة
يشترط فيها ان يوقعها لوجوبها لا لغرض آخر وهو لا يتم بانضمام نية التبرد الى الوضوء يبطل لمنافاة ذلك للاخلاص
وقال بعضهم لا يشترط ذلك بل يجوز ان يقصد به مع الغرض ما يؤدي اليه في الاكثر لانه حاصل له سواء قصده او لم يقصده
والحامل حاركه فاذا تحرك وهو تحرك الغرض قطعا فهو غير مناف والقائلون بمنافاته القائلون بجواز ضم نية التبرد الى نية
الاستباحة ثم استدل على الاولى في هذه المسئلة بما رواه حفص بن البختري في الصحيح عن الصادق عليه السلم في المرأة
تطوف بالصبي وتسعى به هل يجزي ذلك عنها وعن الصبي قال نعم وما رواه الهيثم بن ابي عروة عن الصادق عليه السلم
قال قلت له اني حملت امرأتي ثم طفت بها وكانت مريضة وقلت له اني طفت بها بالبيت في طواف الفريضة وبالصفا والمروة
واحتسبت بذلك لنفسي فهل يجزي فقال نعم وقال ابن الجنيد ونعم ما قال ان كان الحمل باجرة لم يجز عن الحامل
والا اجزا لاستحقاق قطع المسافة عليه بعقد الاجارة فلم يجز صرفه الى نفسه كما لو استأجره للحج فاعترض
عليه فان العقد وقع على نفس الحمل فلا ينافي ارادة الطاعة بخلاف الاستيجار للحج ومن ثم قال المصنف فيه اشكال
وقول ابن الجنيد عندي هو الاقوى اما لو نوى الطواف للمحمول لم يقع عنه قطعا قال دام ظله ولو احصر تحلل بالهدي
ولا قضاء عليه وان كانت الاجارة مطلقة على اشكال اقول قال الشيخ الطوسي رحمه الله لا قضاء عليه لان الشرع
يتعين عليه الاتمام بتعين الزمان ولاستلزام وجوب القضاء الحرج وقيل يجب لوجوب الحج في ذمته من غير
تعيين زمان فلا يبرأ الا بالفعل والاقوى عندي قول الشيخ قال دام ظله ولو قصر عن الاقل عاد ميراثا على رأي
اقول قال الشيخ تصرف في وجوه البر لعدم استلزام بطلان الخاص بطلان العام والاصح البطلان لتعذر
المصرف المعين وغيره منفي بنفيه اذ تعيينه المصرف يقتضي نفي غيره قال دام ظله لو استأجره للحج خاصة فاحرم من
الميقات بعمرة عن نفسه واكملها ثم احرم بالحج عن المستأجر من الميقات اجزأ ولو لم يعد الى الميقات لم يجز مع المكنة
ولو لم يمكن احرم من مكة وفي احتساب المسافة قطعها بعينها منصرفا الى نفسه فيحط من اجرته قدر التفاوت بين حجة
من بلده وحجة من مكة ومن انه قصد بالمسافة الحج الملتزم الا انه اراد ان يربح في سفره عمرة فتوزع الاجرة على حجة
من بلده احرامها من الميقات وعلى حجة من بلده احرامها من مكة فيسقط من المسمى بنسبة التفاوت وهو الوجه ان قصد
بقطع المسافة الحج وان قصد الاعتياد فالاول اقول هذا التفصيل الذي جعله المصنف هو الوجه وهو الصحيح عندي
قال دام ظله لو فات الحج بتفريط تحلل بعمرة عن نفسه لا بقلابها اليه ولا اجرة ولو كان بغير تفريط فله اجرة مثله
الى حين الفوات قال الشيخ والاقرب ان له من المسمى بنسبة ما فعله اقول وجه القرب انه استؤجر لجملة افعال

م السروع

صاب

فعلى بعضها حال صحة العقد فانه لم يكن باطلا من اصله بل هو صحيح تجدد له الفسخ بغير فعله ولا بتفريطه فكان
له بقدر قسطه بحسب ما يقتضيه التوزيع للاجرة على ما فعل وما بقي كما لو مات في اثناء الاجارة فيه ولامكان استعمال اجرة المثل
عنه كل المسمى ووجه ما قاله الشيخ انه فعل بعض ما لم يقع تبرعا بل في مقابلة والعقد بطل بالنسبة اليه فله الى المجموع
انما اقتضاه باعتبار اجابة للكل لا لواحد لانه هو المراد بالاجارة فهذه السنة سبب لفسخ العقد بالحج وقد كشف الحج عن
عدمها فبزوال سببها ونفى بطلانه العقد عدم ترتب اثره عليه فلا يقتضي التوزيع ولان المقصود من عقد المعاوضة
الكل لا كل واحد بل انما قصد للتوقف الكل عليه لا لغيره وكما كان كذلك لم تقسط عليه كاجزاء الصلاة والاصح عندي
اختيار المصنف **قال دام ظله** ولو عين الموصي القدر ... العقد بعينها فاذا زاد عن اجرة المثل وكان الحج مندوبا
ولم يخرج من الثلث خرج ما يحتمله فان رضي النائب والا استؤجر بغيره ويحتمل باجرة المثل **اقول**
وجه الاول انه اوصى بشيئين احدهما صرف هذا القدر في الحج والثاني استئجار الشخص المعين فيجب العمل
بالوصية ما امكن ومراعاة الثلث والاجارة مع تعذر احدهما لا يسقط الميسور بالمعسور ووجه الثاني
انه انما وصى به في حج الشخص المعين فلا يتعدى الوصية فبين الاحتمالين تعارض العمومين وقد حقق في الاصول
والاقوى عندي الثاني وهو اجرة المثل **قال** دام ظله والاقرب انشاء الاحرام من ادنى الحل ويحتمل مساواة
اقرب المواقيت **اقول** وجه القرب ان ميقات المضطرين كالناسي وهذا الذي على طريق لا يؤدي الى ميقات
ولا الى محاذاة اشبههم لتعذر الميقات ووجه الثاني ان اعتبار المحاذاة انما هو المساواة **قال** دام ظله
ولو نسي الاحرام اذا كمل المناسك صح على راي **اقول** ذهب الشيخ وابن حمزة الى الاجزاء لرواية جميل بن دراج
عن بعض اصحابنا عن احدهما عليهما السلام في رجل نسي ان يحرم او جهل وقد شهد المناسك كلها وطاف وسعى قال
يجزيه نيته اذا كان قد نوى ذلك فقد تم حجه وان لم يهل وقال ابن ادريس لا يجزيه لانه لم يات بعبادة على وجهها
فيبقى في العهدة ولان بعض اركان الحج مخل والنسيان يسقط الاثم لا الفعل **والجواب** ان الرواية مرسلة
ولا نعمل بمضمونها لانا نقتضي ... نزل الجاهل منزلة الناسي والجاهل بالحكم لا يعذر والاقوى عندي الاول
قال دام ظله وان ادرك فالاشكال ... بالادنى على الاعلى ومن عدم النص عليه **اقول**
تقرير الاول ان اعادة الغسل انما استحب لكون النوم مظنة الحدث فمع تحققه اولى ... والحق عندي
الثاني لانه من باب الاسباب فيقتصر فيه على موضع النص ولا احتياج الاعادة الى امر جديد **قال** دام ظله ولو احرم
من غير غسل ولا صلوة ناسيا تدارك واعاد الاحرام وانما المعتبر اشكال **اقول** يحتمل اعتبار الاول

لانه

لانه عند الاتيان به ان كان قد اتى بالمأمور به على وجهه اجزا لاقتضاء الامر الاجزاء والا وجبت الاعادة
وهو باطل قطعا ولا يعقل التكرار في الاحرام قبل الاحلال ويحتمل اعتبار الثاني لانه انما سن لاعادة
الاداء لذلك احرام الحج او العمرة بغسل فلو لم يكن الثاني هو جزء الحج لم يحصل الغاية من الاعادة فيكون عبثا
وتظهر الفائدة في ابتداء حساب الشهر اذا خرج من مكة وقلنا ان مبدأه من حين الاحرام وفي الاستيجار او النذر
للحج بسنته او نذر شيئا لمن فعل الاحرام بسنته **قال دام ظله** لو نوى الاحرام لا حجا ولا عمرة او نواهما معا
فالاقرب البطلان **اقول** هنا مسئلتان آ في اطلاق نية الاحرام من غير تعيين حج ولا عمرة واختار المصنف
البطلان لوجوب التعيين وانما يحصل بالنية ولان الاحرام لذاته سبب في الزام احد النسكين بعينه وما
بالذات لا يكون بجعل جاعل متاخر عن وجوده ولانه عبادة وقوعها ان لم يلزم احدهما لم يترتب اثر السبب
عليه وهو معنى بطلانه وان لزم فاما بهما او باحدهما بعينه او لا بعينه والكل باطل لاستلزام
الاوليين الترجيح من غير مرجح واما الثالث فلان الاحرام هو المقتضي للدخول في النسك لا غير اجماعا و
الدخول في غير المعين محال فاذا لم ينعقد به شيء لم يصح وقال الشيخ في المبسوط يتخير اذا كان في اشهر الحج وان كان
في غيرها لم ينعقد احرامه الا بالعمرة واحتج عليه بما روي عن النبي عليه السلام انه احرم ثم انتظر الوحي ثم
عين بعد مجيء الوحي **والجواب** المنع من صحة السند وجواز كونه من خصائصه او نسخ **ب** لو نوى باحرام واحد
الحج والعمرة بوجه واحد ونوع واحد عن شخص واحد مع سياق الهدى فالقارن بين الامرين عنده لما روي
ان عليا عليه السلام قال لبيك بحج وعمرة معا وبما رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام انه قال
ايما رجل قرن بين الحج والعمرة فلا يصلح الا ان يسوق الهدى **والجواب** منع صحة السند في الاولى والثانية تدل
على اشتراط سياق الهدى في القران لا غير وهو قولنا ولا يدل على قولهم والوجه اختيار المصنف وهو البطلان
لما رواه حفص البختري في الصحيح عن منصور بن حازم عن ابي عبد الله عليه السلام قال لا يكون القارن الا بسياق الهدى
الحديث ... وما رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال انما نسك الذي يقرن بين الصفا و
المروة مثل نسك المفرد وليس افضل منه الا بسياق الهدى ولانه يقتضي اتحاد الافعال **قال** دام ظله والاقرب
جواز الحرير للنساء **اقول** هذا مذهب المفيد وابن ادريس لانه يجوز لها ان تصلي فيه اجماعا وكلما يجوز لها
ان تصلي فيه يجوز لها ان تحرم فيه لقول الصادق عليه السلام كل ثوب يصلى فيه فلا باس ان تحرم فيه وذهب الشيخ وابن
الجنيد الى عدم الجواز لقول ابي عبد الله عليه السلام المراة المحرمة تلبس ما شاءت من الثياب غير الحرير والقفازين والاول

هو الاصح عندي لما رواه الشيخ في الصحيح عن يعقوب بن شعيب قال قلت لابي عبد الله عليه السلم المرأة تلبس
القميص تزره عليها وتلبس الخز والحرير والديباج قال نعم لا بأس وتلبس الخلخالين والمسك والجواب عما قاله
حمل الرواية على الكراهية لان الرواية التي ذكرناها في حجتنا في الصحاح والتي احتج بها الشيخ من الصحاح ايضا لكن
الرواية التي ذكرناها صريحة في الاباحة والتي ذكرها الشيخ ليست بصريحة في التحريم لانها تحتمل الكراهة فوجه
الجمع ما ذكرناه والجمع اولى من ابطال احديهما والصريح اولى بالعمل من المحتمل قال دام ظله ولو اكمل عمرة التمتع
المندوبة ففي وجوب الحج اشكال اقول منشأ الاشكال انها جزء من الحج لقول النبي عليه السلم دخلت العمرة
في الحج هكذا وشبك الاصابع وكل من دخل في جزء من الحج وجب عليه الحج للاية ومن انهما نسكان متغايران ولانه ذكرهما
في الاية بقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله مع عدم استلزامها لعدم التكرار اجماعا يدل على عدم الاكتفاء في وجوب
احديهما بالامر بالاخر والا كان تكرارا والاقوى عندي الوجوب وهو اختيار الشيخ في النهاية وابن حمزة
وابن البراج قال دام ظله ويجوز لمن نوى الافراد الطواف والسعي والتقصير وجعلها عمرة التمتع ما لم يلب
فان لبى انعقد احرامه وقيل انما الاعتبار بالقصد لا التلبية اقول الاول قول الشيخ في النهاية
لرواية ابي بصير الصحيحة قال قلت لابي عبد الله عليه السلم الرجل يحج مفردا ثم يطوف بالبيت ويسعى بين
الصفا والمروة ثم يبدو له ان يجعلها عمرة قال ان كان لبى بعد ما سعى قبل ان يقصر فلا متعة له والثاني
قول ابن ادريس لقوله عليه السلم انما الاعمال بالنيات والذي افتي به الثاني وهو اختيار والدي
قال دام ظله ويشترط مع الحصر التحلل بالهدي وفائدة الشرط جواز التحلل على راي اقول هذه المسئلة
في المحصور ذكره في باب المصدود وحكمه وانما ذكر الاقوال في الموضعين هنا لاشتراكهما في المعنى العام
وهو المنع عن وقوف منسك الحج وبرية او بحرية ولو بعدو ولو بعدل ونسيان يفوت الحج او عن مكة في العمرة بعدو
او مرض فاقول اجمع الكل على استحباب الاشتراط وانما النزاع في اثره وفائدته فيه اقوال
آ جواز التحلل للمحصور فانه اذا لم يشترط لم يجز له التحلل لامره عليه السلم بالاشتراط في جواب
السؤال عن خوف المرض وقال عليه السلم لضباعة قولي لبيك اللهم لبيك ومحلي من الارض
حيث حبستني فان لك على ربك ما استثنيت الحديث فلولا هذا لو ترك الاشتراط لم يتحلل بالحصر
الى ادراك الحج او العمرة محلله مع الاشتراط بدل الاية بعثه ويتوقع بلوغ محله ولقوله تعالى
ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله واما المصدود ففائدة الاشتراط فيه سقوط

الهدي

الهدي بمعنى انه يتحلل بغير هدي لانه لا بدل له من فائت وليس جواز التحلل لجوازه بدونه حمزة بن حمران قال
سألت ابا عبد الله عليه السلم عن الذي يقول حلني حيث حبستني فقال هو حل حيث حبسه الله عز وجل قال او لم
يقبل الحديث ليس المراد المحصور الاية فهو المصدود جمعا بين الادلة ب سقوط دم التحلل عن المصدود والمحصور
لقوله عليه السلم لضباعة فان ذلك على ربك ما استثنيت ولم يشترط الهدي فلو كان شرطا لزم تاخير البيان عن وقت
الحاجة وهو قول بعض اصحابنا منهم المرتضى ويقرب منه قول ابن ادريس فانه لم يوجب في تحلل المصدود الهدي واوجبه
في تحلل المحصور واسقطه بالاشتراط بشرط ان لا يكون قد ساق هديا وهذا القول ليس بعيد عندي لقوله تعالى
فان احصرتم فما استيسر من الهدي ولان النبي عليه السلم صد في الحديبية فنحر واحل ورجع وقال عليه
السلام خذوا عني مناسككم ج فائدته جواز تحلل المحصور من غير تربص لفعل الخبر عليه السلم كما
روى عنه واما المصدود فلا فائدة فيه بل هو تعبد شرعي له ولا يسقط به الهدي د قول ابي الصلاح انه اذا
احصر والصد يجب انفاذ الهدي وتواعد اصحابه لذبحه يوم النحر ففائدة الشرط جواز التعجيل بالتحلل فيهما ه قول
الشيخ وابن الجنيد انه لا يتحلل الا بالهدي وانفاذه في المحصور ولا يسقط في المصدود وعلى هذا التقدير لا يكون
للاشتراط اثر بل يكون تعبدا شرعيا اذ الاحرام اما ان ينعقد او لا ولا يقبل التزلزل ولا التعليق بشرط والاية تدل
مع المصدود دايما وهذا هو الصحيح عندي وهو الذي افتي به والدي المصنف وانما ذكرنا ذلك هنا وفي حكم
المصدود وحكاه لقول الاصحاب اذا تقرر ذلك فنقول قول المصنف وفائدة الشرط جواز التحلل ليس المراد منه
المنع من التحلل لو لم يشترط بل معناه ان التحلل ممنوع منه ومع العذر وعدم الاشتراط يكون جواز التحلل رخصة
ومع الاشتراط يصير التحلل مباح الاصل وسبب اباحته بالاصالة الاشتراط والعذر والفائدة تظهر فيما لو نذر ان يتصدق
كلما فعل رخصة بكذا وفي التعليق قال دام ظله والاقرب جواز توكيل المحرم محلا اقول وجه القرب
ان الوكيل والموكل عنه محلان ويحتمل عدمه لان ولايته متوسطة على ولاية الجد وهو ممنوع من العقد فالمرتب
عليه اولى ومنشأ الاشكال انه هل يكون نائبا عن الجد او عن المولى عليه خلاف والاصح عندي الجواز قال دام ظله
والاقامة على اشكال اقول منشأه من اطلاق الاصحاب بمنع الشهادة عليه ومن قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما
دعوا ولانه اخبار لا انشاء والاخبار اذا كان صدقا ولم يشتمل على ضرر لم يحسن تحريمه ولانه اولى بالمنع من
الرجعة فان الرجعة ايجاد النكاح في الخارج والشهادة ايجاد ذهني واثبات حكمي فايجاد الوجود الخارجي
والوجود الذهني وثبوت الحكمي اولى ولان تركها مظنة الزنا والضرر على الغير فيكون من باب الامر بالمعروف

والنهي عن المنكر وذلك واجب قال المصنف في الدروس المقصود من كلام الاصحاب تحريم اقامة الشهادة على عقد وقع بين محرم ومحل
او بين محرمين قال دام ظله فان كان المنكر المرأة فالاقرب وجوب المهر كملا اقول اذا ادعى الزوج وقوع
العقد حالة الاحرام وانكرت المرأة فالقول قولها مع اليمين وعدم البينة فاذا حلفت هل يجب لها كل المهر او نصفه
اختار شيخنا وجوب الكل لوجود المقتضي وهو العقد وذهب الشيخ والمفيد الى وجوب النصف وسقوط النصف لانه
حرم عليه نكاحها بغيره او قبل الدخول فيجب لها نصف المهر كالطلاق ومبنى هذه المسئلة ان المهر هل يجب بالعقد
وانما يتشطر بالطلاق كاختيار شيخنا او يبرأ بالفسخ قبل الدخول كاختيار الشيخ او يجب النصف بالعقد ونصف الاخر
بالدخول او الموت كاختيار المفيد فعلى الثاني والثالث يجب النصف وعلى الاول يجب الكل احتج الشيخ بان الاصل
براءة الذمة وفيه نظر لان الاصل انما يكون حجة اذا لم يثبت خلافه والزوج قد ثبت في ذمته المهر فلا يصح الاستدلال
باصل البراءة هنا اما على قول المفيد يصح الاستدلال باصل البراءة هنا قال دام ظله الطيب مطلقا على
رأي اقول هذا مذهب الشيخ في المبسوط والاقتصاد والمفيد والمرتضى وابي جعفر بن بابويه وابي
الصلاح وسلار وابن ادريس لقول الصادق عليه السلام لا يمس المحرم شيئا من الطيب وهو عام ولان النبي
عليه السلام قال في محرم وقصته ناقته لا تقربوه طيبا فانه يحشر يوم القيمة ملبيا وهو عام فتحريمه عليه اولى
قال الشيخ في النهاية الذي يحرم من الطيب المسك والعنبر والزعفران والورس والعود والكافور وما عداه من
الطيب مكروه واختاره ابن حمزة لصحيح السند بما رواه معوية بن عمار عن الصادق عليه السلام
قال انما يحرم عليك من الطيب اربعة اشياء المسك والعنبر والورس والزعفران والعود
والجواب ان الحديث الذي رويناه في التحريم من الصحاح وهاتان الروايتان ليستا من الصحاح
واسقط في التهذيب العود والكافور واسقط ابن البراج العود قال دام ظله الاكتحال بالسواد
على رأي اقول هذا قول الشيخ في النهاية والمبسوط والمفيد وسلار وابن ادريس لقول ابي عبد الله عليه
السلام لا يكتحل الرجل والمرأة والمحرمات بالكحل الاسود الا في علة والنهي يقتضي التحريم وجعله الشيخ
في الخلاف والاقتصاد مكروها وهو الاصل والاقوى عندي التحريم قال دام ظله والنظر في المرآة على رأي
اقول هذا قول الشيخ في المبسوط والنهاية وابي الصلاح وابن ادريس لما رواه حماد في الصحيح
عن ابي عبد الله عليه السلام قال لا تنظر في المرآة وانت محرم فانها من الزينة وذهب في الخلاف الى الكراهة
وهو مذهب ابن ادريس وابن حمزة للاصل قال دام ظله اخراج الدم اختيارا على رأي اقول هذا

اختيار

اختيار المفيد والمرتضى وسلار وابي الصلاح وابن البراج وابن ادريس لرواية الحلبي الصحيحة قال سألت
الصادق عليه السلام عن المحرم يستاك قال نعم ولا يدمي والنهي للتحريم وذهب الشيخ في الخلاف وابن حمزة
الى الكراهية لما رواه حريز في الصحيح عن الصادق عليه السلام انه قال لا بأس ان يحتجم المحرم ما لم يحلق
او يقطع الشعر والاحتجام يستلزم الادماء والجواب انه محمول على الضرورة ورواية التحريم ارجح لانها
ناقلة عن الاصل وهذا مقرر والتأسيس اولى من التأكيد كما تقرر في الاصول ولانها صريحة في النهي عن الادماء
يدل عليه بالمطابقة صريحا قال دام ظله والجدال وهو قول لا والله وبلى والله والاقرب اختصاص
المنع بهذه الصيغة وفي دفع الدعوى الكاذبة اشكال اقول وجه القرب اختصاص مورد النص
ومن المشاركة في المعنى ومن الاشكال في دفع الدعوى الكاذبة عموم التحريم ولزوم الضرر قال دام ظله
ولا يشقهما لو اضطر على رأي اقول ذهب الشيخ في المبسوط الى وجوب الشق للنهي عن ستر القدم
بالخف ولا يتم الاحتراز الا بالشق وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وذهب في الخلاف الى عدم الشق
للاصل قال دام ظله والحناء للزينة على رأي اقول المشهور بين الاصحاب الكراهيه ولنا انه
زينة وكل زينة حرام اما الصغرى فلانه التقدير واما الكبرى فلما رواه حريز في الصحيح عن الصادق
عليه السلام انه قال لا تكتحل المرأة المحرمة بالسواد ان السواد زينة فتعليله بها يدل على تحريمها
احتجوا بالاصل وبرواية ابن سنان الصحيحة قال سألته عن الحناء فقال ان المحرم ليمسه ويداوي
به بعيره وما هو بطيب وما به بأس والجواب ان الاصل مردود بالنص والرواية مرسلة وغير محل النزاع
لان البحث في استعماله في الزينة قال دام ظله لبس السلاح اختيارا على رأي اقول هذا مذهب الشيخ
في المبسوط والنهاية وابن ادريس وابي الصلاح وابن حمزة وقيل هو مكروه والاقوى عندي اختيار المصنف
الفصل الثاني في الطواف قال دام ظله والبداءة بالحجر الاسود فلو ابتدأ بغيره لم يعتد
بذلك الشوط الى ان ينتهي الى الحجر فينويه ويبتدئ الاحتساب ان جدد النية عنده على الاقرب مع احتمال البطلان اقول
تحرير هذه المسئلة انه يجب الابتداء في الطواف بالحجر الاسود فيحاذيه بجميع بدنه في مروره لان النبي عليه
السلام كذلك طاف وقال خذوا عني مناسككم فلو ابتدأ من غير الحجر الاسود لم يعتد بما فعله حتى ينتهي
الى الحجر الاسود فيكون منه ابتداء طوافه فلا بد وان يكون ناويا عنده سبعة اشواط منه اليه بالفعل
لا استدامة حكمها الا غير فتح طوافه كما لو قدم المتوضي غسل بعض اعضائه لا المستحب على غسل

وجهه فانه يجعل غسل الوجه عند فعله ابتداء ويكون النية مستحضرة بالفعل عند غسل الوجه لاستدامة
الحكم لا غير ثم وقع اشتباه في قوله الاتمام فيحتمل ان يكون مراده باللام لام التعليل وتقريره انه فعل طوافا
تاما بنية صحيحة مستجمعا لشرائط الطواف فيصح ويحتمل البطلان لانه زاد في طواف الفريضة فيبطل كزيادة
الركوع في الصلاة فلابد وان يكون من هذا الشوط الذي ابتداء فيه بغير الحجر وبين ابتدائه بالحجر او يكون معتقدا
بطلان ذلك الشوط وانه يبتدئ الطواف من الحجر الآن فلو غفل عن هذا ولم يحصل سكون بينهما كان كزيادة ركن
في الصلاة وفرق بينه وبين الوضوء لان الوضوء لا يبطل بالزيادة فيه ويحتمل انه اراد بالاتمام اتمام الشوط
الناقص بحيث يجعل ما ابتدأ به تمامه وهذا وجد حاشية على نسخة الاصل التي هي بخط المصنف ويحتمل البطلان
للابتداء بغير الحجر الاسود فقد فات الشرط **قال دام ظله** والمشي والاقتصاد فيه بالسكينة على رأي ويرمل
ثلاثا ويمشي اربعا في طواف القدوم على رأي **أقول** في هذا الكلام مسئلتان آ استحباب المشي في الطواف
لانه عليه السلم طاف في الاكثر ماشيا والافضل ان لا يركب الا لعذر ويجوز الركوب اختيارا لما رواه
جابر قال طاف رسول الله صلى الله عليه وآله في حجة الوداع على راحلته بالبيت وبالصفا ليراه الناس وليشرف
عليهم ليسألوه فان الناس غشوه واقول فعله عليه السلم من لبيان جوازه ب يستحب الاقتصاد فيه
اي في الطواف بسكينة سواء كان ماشيا او على دابة واجمعت الامة على ندبية الاقتصاد فيه في الجملة ثم
اختلفوا فقال بعضهم الاقتصاد والسكينة في جميع الطواف وهو قول الشيخ في النهاية وابي الصلاح وابن ادريس
وابن ابي عقيل وابن الجنيد لعموم الامر ولرواية عبد الرحمن بن سيابة قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن الطواف
فقلت اسرع واكثر او امشي وابطئ فقال المشي بين المشيين وقال بعضهم يرمل ثلاثا ويمشي اربعا في طواف القدوم
خاصة وهو قول الشيخ في المبسوط وابن حمزة اقتداء بالنبي عليه السلم لانه كذا فعل رواه جعفر بن محمد
عليه السلام وهنا فوائد آ الرمل في طواف القدوم في الثلاثة اشواط الاول من الحجر اليه اجمع العلماء كافة
على انه لا رمل في كل طواف ولا في كل طواف القدوم ولو تركه فيها او في بعضها لم يقضه في شيء من الاشواط الاربعة
الباقية ولو تركه في بعضها استحب في باقي الثلاثة ولو تركه في طواف القدوم لم يقضه في طواف الزيارة
والا لكان مغيرا الطواف النبي عليه السلم ب قوله ويمشي اربعا المراد بالمشي هنا المقابل للرمل
وهو الاقتصاد في الحركة لا المشي على رجليه ج ترك هذه المندوبات هو ترك الاولى وفرق بينه وبين
المكروه ان المكروه ما قصد بنهي الشارع على عينه **قال دام ظله** ولو نسي طواف الزيارة وواقع

بعد رجوعه الى اهله فعليه بدنة والرجوع لاجله وقيل لا كفارة الا على من واقع بعد الذكر **أقول الاول**
قول الشيخ في النهاية والمبسوط والثاني قول ابن ادريس احتج الشيخ برواية معوية بن عمار الحسنة عن ابي عبد الله عليه السلم
انه سئل عن متمتع وقع على اهله ولم يزر قال ينحر جزورا وقد خشيت ان يكون قد ثلم حجه ان كان عالما وان كان
جاهلا فلا بأس عليه وبها احتج ابن ادريس حيث قال لا بأس وروى عيص بن القسم في الصحيح قال سألت ابا عبد الله
عليه السلم عن رجل واقع اهله حين ضحى قبل ان يزور البيت قال يهريق دما **قال دام ظله** ولو نذر الطواف على اربع
فالاقوى بطلان النذر **أقول** هذا قول ابن ادريس لانها كيفية غير مشروعة ولانها صلاة للخبر المتواتر والصلاة يجب
فيها القيام قالوا يمنع المساواة في الاحكام لانه مجاز يكفي البعض فيها مناسبة قلنا بل هو عام لانه عليه السلم استثنى
الكلام والاستثناء يدل على العموم لان اقرب المجازات الى الحقيقة اتحاد المساواة في كل الاحكام فيحمل عليه وذهب
الشيخ الى انعقاده ووجوب سبوعين ليديه ورجليه لقضاء امير المؤمنين عليه السلم في المرأة النادرة
والجواب بمنع السند والاقوى الاول وهو البطلان **المقصد الرابع في التقصير قال دام ظله**
ولو وطئ المتمتع امته الحالة في العمرة فاحل وواقع ثم ذكر التقصير فعليه بدنة وكفر بقرة على رواية **أقول** هذا رواية عبد الله
بن مسكان في الموثق قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن رجل طاف بين الصفا والمروة ستة اشواط وهو يظن
انه سبعة فذكر بعد ما احل وواقع انه انما طاف ستة اشواط فقال عليه دم بقرة يذبحها ويطوف شوطا
اخر واعلم ان هذا هو الاقوى عندي وبه افتى المفيد وخالفه الشيخ في المبسوط وفي باب الكفارات من
النهاية وقال لا دم عليه للاصل **قال دام ظله** ومن ترك التقصير حتى اهل بالحج سهوا صحت متعته
ولا شيء وروى شاة **أقول** اختيار المصنف هنا هو مذهب الشيخ وعلي بن بابويه وابن البراج للاصل
وقوله وروى شاة اشارة الى رواية اسحق بن عمار قال قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يتمتع فينسى ان يقصر
حتى يهل بالحج فقال عليه دم يهريقه **قال دام ظله** وعمدا يبطل متعته وتصير حجته مفردة على رأي ويبطل الثاني على رأي
أقول الاول قول الشيخ لرواية ابي بصير عن الصادق عليه السلم قال المتمتع اذا طاف وسعى ثم اهل بالحج
قبل ان يقصر فليس له متعة والمراد به المتعمد لرواية معوية بن عمار في الحسن عن الصادق عليه السلم قال سألته عن رجل
اهل بالعمرة ونسي ان يقصر حتى دخل الحج قال يستغفر الله ولا شيء عليه وتمت عمرته والثاني قول ابن ادريس
لانه منهي عنه والنهي في العبادات يدل على الفساد وهو قوي عندي والجواب عن الرواية الاولى
انه في طريقها اسحاق بن عمار وفيه قول **المقصد الخامس في احرام الحج والوقوف قال دام ظله** وتاركه

عمّا يبطل حجه لا ناسيًا على رأى اقول الفرق بين تقدّما فلا حاجة الى تكريره ورجح والذى للمصنف فى
المختلف الصحة لما رواه العمركى فى الحسن عن على بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلم قال سالته عن رجل نسى الاحرام فذكر
وهو بعرفات ما حاله قال يقول اللهم على كتابك وسنة نبيك فقد تم احرامه وان جهل ان يحرم
يوم التروية بالحج حتى رجع الى بلده ان كان قضى مناسكه كلها فقد تم حجه والمراد بناسى الاحرام ناسى التلبية
مع فعل النية فان القائل بقيام النسيان مقام الفعل يريد به ان نسيان التلبية مع وجود نيتها قائم مقام فعلها
اما لو ترك النية فانه يبطل قطعا قال دام ظله فيجب ما يجب على المحرم من الكفارة وعلى اشكال اقول يعنى ناسى
الاحرام لو فعل ما يوجب الكفارة قبل تحلله كما لو جامع قبل طواف النساء هل يجب عليه الكفارة ام لا قال المصنف
فيه اشكال ومنشأ الاشكال انه يحتمل الوجوب لانه بحكم المحرم والا لم يكن للتحلل ثمرة ولقوله تعالى فلا رفث
ولا فسوق ولا جدال فى الحج فعلق التحريم بكونه فى الحج والبحث هنا فى صحة الحج بلا احرام مع النسيان فصار بحكمه ولرواية
جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن احدهما عليهما السلم فى رجل نسى ان يحرم او جهل وقد شهد المناسك كلها وطاف
وسعى قال تجزيه نيته اى تجزيه النية عن التلبية فعلى هذا تجب الكفارة ويحتمل العدم للاصل ولانه ليس بمحرم
حقيقة ولقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما هذا التحقيق هذا الموضع والحق عندى
الوجوب قال دام ظله ولا يجوز له الطواف بعد الاحرام حتى يرجع من منى فان طاف ناسيا لم ينتقض احرامه لكن
يجدد التلبية ليعقد بها الاحرام اقول قوله قبل الخروج اثبات الحكم الشيخ فى النهاية فى المبسوط واختاره
ابن حمزة لما رواه الحلبى فى الصحيح عن الصادق عليه السلم قال سالته عن الرجل ياتى المسجد الحرام يطوف
بالبيت قال نعم ما لم يحرم دلت على المنافاة ومع وجود المنافى لابد من التجديد قال ابن ادريس لا يجب
تجديد التلبية واختاره والدى المصنف فى المختلف لان احرامه منعقد ولا يحتاج الى عقد ثان الاولى
فلما رواه عبد الحميد بن سعد عن ابى الحسن الاول عليه السلم قال سالته عن رجل احرم يوم التروية من عند
المقام بالحج ثم طاف بالبيت بعد احرامه وهو لا يرى ان ذلك لا ينبغى له انتقض طوافه بالبيت احرامه
فقال لا ولكن يمضى على احرامه واما الثانية فلاستحالة تحصيل الحاصل واجاب والدى عن حجة الشيخ
بان النهى عن الطواف لا يقتضى ابطال الاحرام ولا يدل على وجوب التلبية بشئ من الدلالات الثلاث والاقوى
عندى اختيار المصنف فى المختلف قال دام ظله ولو ادرك الاضطراريين فالاقرب الصحة اقول
ظاهر كلام المفيد وكلام الشيخ فى النهاية ان ادراك الاضطراريين يدرك الحج لان كل واحد من الاختياريين

تحلله كما لو جامع قبل طواف ح

له بدل عنه حال الاضطرار بانفراده فيجرى حال الاجتماع تحقيقا للبدلية وفيه نظر ولما رواه جميل بن الحسن عن
الصادق عليه السلم قال من ادرك المشعر يوم النحر من قبل زوال الشمس فقد ادرك الحج وما رواه عبد الله بن مسكان
فى الصحيح عن ابى الحسن عليه السلم انه قال اذا ادرك مزدلفة فوقف بها قبل ان تزول الشمس يوم النحر فقد ادرك
الحج ومن ثم قال ابن الجنيد يدرك الحج بادراك اضطرارى واحد ونزلهما والدى المصنف على ان ادراك الاضطراريين
ولرواية الحسن العطار عن الصادق عليه السلم قال اذا ادرك الحاج عرفات قبل طلوع الفجر فاقبل من عرفات
ولم يدرك الناس بجمع ووجدهم قد افاضوا فليقف قليلا بالمشعر وليلحق الناس بمنى ولا شئ عليه وقال البعض لا ينجبر
لا يدرك الحج بادراك الاضطراريين لرواية محمد بن سنان قال سالت ابا الحسن عليه السلم عن الذى اذا ادركه الناس
فقد ادرك الحج فقال اذا اتى جمعا بعد طلوع الشمس فقد ادرك الحج ولا عمرة له وان ادرك جمعا بعد طلوع
الشمس فهى عمرة مفردة ولا حج له الحديث والاقوى عندى الاجتزاء بالاضطراريين الفصل السادس
فى مناسك منى قال دام ظله ولا يجزى الواحد فى الواجب الا عن واحد ومع الضرورة الصوم على رأى
اقول هذا اختيار ابن ادريس وقال الشيخ فى النهاية والمبسوط يجزى مع الضرورة عن سبعة وعن سبعين اذا كانوا
اهل خوان واحد واختار المفيد اجزاء البقرة عن خمسة من اهل بيت واطلق سلار الاجزاء عن خمسة والاول هو الحق
لقوله تعالى فمن لم يجد وعدم المركب بعدم احد اجزائه ولما رواه فى الصحيح الحلبى عن ابى عبد الله عليه السلم
قال تجزى البقرة والبدنة فى الامصار عن سبعة ولا تجزى بمنى الا عن واحد وحجة كل فريق ذكرها والدى فى النهاية
والمنتهى وفى المختلف قال دام ظله وان وجد وفقد الذبح فالاقرب وجوبه اقول وجه القرب انه مامور
بالذبح فى وقت وقد وجده فيه فيجب لقوله تعالى فمن لم يجد ومن فيها معنى الشرط وجعل عدم الوجدان وقت
الذبح ويحتمل العدم لانه اتى ببدل مشروع فلو لم يسقط العبد به لم يكن بدلا وليس بجيد لان شرط التكليف بالفعل
فى وقت اشتماله على مصلحة يقتضى وجوبه او وجه يقتضى وجوبه فى ذلك الوقت ولا يحصل فى غيره وشرط بدل
الاضطرار عدم اشتماله على جميع الوجوه المقتضية لوجوبه واشتماله على بعضها كما تقرر فى علم الكلام ولا يتحقق
الا بعد ثبوته فى الوقت المعين لا فى غيره واعلم انه يريد بقوله وقت الذبح هنا يوم النحر ثم ذكر المصنف بعد ذلك
ولو وجده بعدها قبل التلبس بالسبعة ذبحه استحبابا فالمراد هنا انه وجده بعد الثلاثة قبل التلبس بالسبعة فى باقى
ذى الحجة بعد يوم النحر واذا جاز تقديم البدل على المبدل به فشرطه المطابقة لا مطلقا قال دام ظله ولو مات
من وجب عليه الصوم قبله صام الولى عنه وجوبا العشرة على رأى اقول المدعى ان من وجب عليه الصوم فى

والناس بالمشعر الحرام قبل طلوع الشمس فقد ادرك الحج ولا عمرة له وان ادرك جمعا بعد

بدل الهدي وتمكن من صوم العشرة ولم يفعل ثم مات وجب على الولي قضاء العشرة وهو الاقوى عندي وذهب
الشيخ وابن حمزة الى قضاء الثلاثة خاصة وما ذكره هنا اختيار ابن ادريس لانه صوم واجب فاته مع تمكنه
منه وكل صوم هذا شانه وجب على الولي قضاؤه اما الصغرى ففرضيه واما الكبرى فلرواية معوية بن عمار
في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام قال من مات ولم يكن له هدي لمتعته فليصم عنه وليه والمفهوم منه صيام
بدل الهدي احتج الشيخ بما رواه الحلبي في الحسن عن ابي عبد الله عليه السلام انه سئل عن رجل تمتع بالعمرة
ولم يكن له هدي صام ثلثة ايام في ذي الحجة ثم مات بعد ما رجع الى اهله قبل ان يصوم السبعة الايام على وليه
ان يقضي عنه قال ما ارى عليه قضاء والجواب انه من الحسان والاولى من الصحاح والصحاح مقدمة
على الحسان مع التعارض قال دام ظله والاقوى وجوب الاكل اقول هذا اختيار ابن ادريس وهو الاقوى عندي
لقوله تعالى فكلوا منها والامر للوجوب وذهب الشيخ رحمه الله وابو الصلاح الى الاستحباب للاصل ولان الامر
لا كلام ورد الا على الاباحة والجواب أ لا حجة في الاصل مع دلالة القرآن على خلافه وعن ب بمنع كليته
الثانية قال دام ظله والحلق افضل خصوصا للملبد والضرورة ولا يتعين عليهما على راي اقول هذا
اختيار الشيخ وابن البراج وابن ادريس وقال الشيخ في النهاية لا يجزي الضرورة ولا الملبد الا الحلق وبه
قال ابن حمزة لرواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام قال على الضرورة ان يحلق راسه ولا يقصر انما التقصير لمن حج حجة الاسلام
وما رواه الشيخ في الصحيح عن معوية بن عمار عن الصادق عليه السلام قال ينبغي للضرورة ان يحلق وان كان قد حج فان شاء قصر
وان شاء حلق قال واذا لبد شعره او عقصه فان عليه الحلق وليس له التقصير والجواب انه محمول على الاستحباب
جمعا بين الادلة احتج الاولون بقوله تعالى لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله امنين محلقين رؤسكم
ومقصرين وليس المراد الجمع بل اما التخيير او التفصيل وليس الثاني والا لزم الاجمال فتعين الاول وما رواه
حريز في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله يوم الحديبية اللهم اغفر للمحلقين
مرتين قيل وللمقصرين يا رسول الله قال وللمقصرين وقد علم ان الحلق افضل وهذا هو الصحيح عندي قال دام ظله
ويجب على المراة التقصير ويحرم الحلق وفي اجزائه نظر اقول منشاه من انه باول جزء منه يحصل التقصير ومن النهي
عنه والنهي يدل على الفساد قال دام ظله فاذا حلق او قصر احل من كل شيء الا الطيب والنساء والصيد على اشكال
اقول منشا الاشكال هنا هل هو الاحرام لانه يستثنى من الاحلال لمنع الاحرام منه لم يزل والحرم لانه علة يكون
في الحرم والفائدة تظهر في تضعيف الكفارة عليه وعموم تحريم الصيد واكل لحمه وان ذبح خارجا عن الحرم وعدم ذلك قال

دام ظله ويحرم على المراة ولو تركه على اشكال اقول منشاؤه عدم النص والاصل وتحريم السبب المحرم للمراة
عن الرجل للرجل على المراة العدم تحققه الا منهما واشتراك منفعته بينهما قال دام ظله وهل يشترط
مغايرته لما ياتي من طواف النساء في احرام اخر اشكال اقول منشاؤه انه شرع لتحلة النساء فان لم
يحصل بالثاني لحديث واتى وجب باحرام جديد فلا يتداخل والاقوى الثاني قال دام ظله ويحرم
على المميز بعد بلوغه لو تركه على اشكال اقول منشاؤه من ان احرام الصبي هل هو معتبر في نظر الشرع او تمرين
ومن اقتضاء العموم ومن انه تكليف ومن قبيل الاسباب الفصل السابع في باقي المناسك قال
دام ظله ورفع بناء فوق الكعبة على راي اقول حرمه الشيخ لمناسبة التعظيم وقول ابي جعفر عليه السلام
لا ينبغي لاحد رفع بناء فوق الكعبة والاحتياط يقتضي حمل المحتمل للتحريم عليه مع التساوي قال
دام ظله ومنع الحاج دور مكة اقول حرمه الشيخ لان مكة هي المسجد الحرام والمسجد الحرام لا يجوز
بيع شيء منه ولا اجارته اما المقدمة الاولى فلقوله تعالى سبحان الذي اسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام
الى المسجد الاقصى وكان الاسراء من دار ام هاني ولقوله تعالى الذين كفروا وصدوا عن سبيل
الله والمسجد الحرام وكان قصد النبي عليه السلام عن مكة واما الثانية فلقوله تعالى سواء العاكف
فيه والباد والجواب انه تسمية مكة بالمسجد مجاز للحرمة والشرف والضمير هنا راجع الى المسجد الحرام حقيقة
وهو مسلم واحتج الاخرون بقوله تعالى للفقراء المهاجرين الذين اخرجوا من ديارهم اضاف
الديار اليهم والمفهوم من الاضافة الملك المقصد الثالث في التوابع قال دام ظله ولو استطاع
الافراد دون عمرة فالاقرب وجوبه خاصة اقول وجه القرب عموم قوله تعالى ولله على الناس
حج البيت من استطاع اليه سبيلا ويحتمل عدمه لعدم النص واصل البراءة والحق عندي الاول
وكذا العكس قال دام ظله ولو كانت عمرة الاسلام او النذر ففي النقل اشكال اقول
منشاؤه في عمرة الاسلام اختلاف الاصحاب فجوزه في المبسوط لان التمتع افضل ومنعه ابنا بابويه وابن
ادريس لوجوبها وزيادة افعالها وبه يظهر منشاؤه في المنذورة قال دام ظله والعقد على
اشكال اقول منشاؤه ان الاحرام محرم للنساء وطيا ولمباشرة عقدا ثم نص على ان طوافهن محلل
للنساء ولا يحللن الا به ومن تناول تحريم النساء تحريم الوطي لانه المتبادر الى الفهم ولزوال
الاحرام بالذبح والحلق وطواف الزيارة قال دام ظله واختلف في الزمان بين العمرتين

فقيل سنة وقيل شهر وقيل عشرة ايام وقيل بالتوالي اقول الاول لابن ابي عقيل لقول الصادق
عليه السلام لا يكون عمرتان في سنة واحدة والثاني قول ابي الصلاح وابن حمزة والثالث قول الشيخ
وابن الجنيد وابن البراج لقول ابي الحسن عليه السلام ولكل شهر عمرة قال قلت له يكون اقل من ذلك فقال
يكون لكل عشرة ايام عمرة والرابع قول السيد المرتضى رحمه الله في المسائل الناصرية وابن ادريس لقول
النبي عليه السلام العمرة الى العمرة كفارة لما بينهما ولم يفصل والاصح عندي جواز التوالي والجواب
عن الروايات الاولى بمنع صحة السند والدلالة الفصل الثاني في الحصر والصد قال دام ظله
وهل يجزي هدي السياق عن هدي التحلل الاقرب ذلك مع ندبه اقول قال المصنف يحتمل قوله مع ندبه و
وجهين آ انه يكفي لكن يستحب التغاير وهو مذهب الشيخ ابي جعفر وابي الصلاح وسلار وابن البراج
ب انه ان كان مندوبا كفى والا فلا ووجه الاقوى على التقدير الاول عموم قوله تعالى فان احصرتم فما
استيسر من الهدي ويحتمل عدمه لما يأتي ووجهه على الثاني اما الاجزاء مع الندب فلما مر واما عدمه
مع الوجوب فلان الامرين اذا تماثلا واختلف سببهما تعددا على ما قرر في الاصول والبحث يشتمل
المصدود والمحصور فان قوله تعالى فان احصرتم المراد به المعنى الاعم وهو المنع باحدهما قال دام ظله
ولا بدل له على اشكال اقول ينشأ من قوله تعالى فان احصرتم فما استيسر من الهدي ولا تحلقوا رؤوسكم
حتى يبلغ الهدي محله فلو كان الصوم او الاطعام بدلا لجاز الحلق قبل البلوغ فيخرج الغاية عن كونها
غاية وهو ممتنع فلا يجوز ولان الهدي اقيم مقام الاعمال ولو قدر على الاعمال لم يتحلل الا بها فاذا عجز
لم يتحلل الا ببدلها ومن الحرج قال دام ظله لان التحلل انما يجوز بالصد او بعلم الفوات على اشكال
اقول ذهب الشيخ في المبسوط الى جواز التحلل بعلم الفوات واختاره المرتضى وابن ادريس لوجود
المقتضي في الصد وهو الضرر ببقاء الاحرام ولانه غير مستطيع بل هنا ابلغ من الصد لجواز الادراك معه فاذا
جاز التحلل مع ظنه الفوات فمع علمه اولى ويحتمل عدمه لانه محرم فيجب اكمال ما احرم له او العمرة لقوله
تعالى واتموا الحج والعمرة لله وجواز تحلل المصدود بالهدي قبل الفوات للحرج لا يقتضي تسويغه هنا لانه
ليس بمصدود مع نصهم على وجوب التحلل بالعمرة على من فاته الحج ويمكن الفرق بانقلاب احرامه الى العمرة
مع الفوات وهذا تقرير المصنف والاصح عندي انه لا يتحلل الا بالعمرة مع علم الفوات قال دام ظله
ويجوز التحلل من غير هدي مع اشتراطه على رأي اقول قد تقدم البحث في ذلك قال دام ظله

لو صد

لو صد عن مكة بعد الموقفين فان لحق الطواف والسعي في ذي الحجة صح حجه والا وجب عليه العود من قابل
لاداء باقي المناسك ولو لم يدرك سوى الموقفين فاشكال اقول اختار ابن حمزة ادراك الحج لقوله عليه السلام
الحج عرفة ويلزم من كلام الشيخ في المبسوط عدم ادراك الحج لان الاصل ان الجزء لا يقوم مقام الكل
وخص بمواضع النص فلا يتعدى لان كل ما هو على خلاف الاصل يقتصر فيه على موضع النص
قال دام ظله لو افسد فصد فتحلل وجبت بدنة الافساد ودم التحلل والحج من قابل فان قلنا
الاولى حجة الاسلام لم يكف الواحد والا فاشكال اقول هذه المسألة مبناها على مسئلتين آ ان
الاولى هل هي حجة الاسلام لقول الشيخ في النهاية لرواية زرارة في الحسن قال سألته اي
الحجتين لهما قال الاولى التي احدثا والاخرى عليهما عقوبة والجواب انها مقطوعة لان زرارة
لم يسندها الى امام وان كان الظاهر اسنادها الى الصادق عليه السلام لانه من رجاله او عقوبة
كقول ابن ادريس وهو الحق عندي لان الفاسد لا يجوز ان يكون حجة الاسلام لانه لو اجزأ
عن الصحيح لما كان فاسدا ب على تقدير كون الاولى عقوبة هل يقضي مع الصد يحتمل وجوب
قضائها لانها حج واجب صد عنه وكل حج واجب صد عنه وجب قضاؤه والمقدمتان ظاهرتان ويحتمل
العدم وهو الاقوى عندي لان الصد والتحلل مسقط لوجوب الاولى والقضاء انما يجب بامر جديد ولان
وجوب العقوبة الاصلي قد زال وانما وجب اتمامها للشروع فيها كالمندوب وما وجب للشروع خاصة لا يجب
قضاؤه مع الصد اذا تقرر ذلك فنقول على القول بان الاولى حجة الاسلام لا يكفي الواحد لان حجة
الاسلام لم يحصل والعقوبة لا تجزي عنهما وعلى القول بان الاولى عقوبة فان قلنا لا تقضى يكفي الواحدة وان قلنا
انها تقضى لم يكف الواحد لكن على هذا التقدير يأتي بحجة الاسلام اولا ثم في السنة الثانية يأتي بالعقوبة
هذا تحقيق هذه المسألة قال دام ظله وان انكشف العدو والوقت باق وجب القضاء وهو حج يقضي لسنته
على اشكال اقول هذا مبني على ان الاولى هل هي حجة الاسلام او عقوبة فان قلنا ان الاولى حجة الاسلام
هذا الحج اما قضاء عن تلك الفاسدة ولا يكون هذا حجا يقضى لسنته وان قلنا ان العقوبة يقضى على تقدير
ان يكون الاولى عقوبة تجب عليه حج آخر قضاء للفاسدة لكن في سنة اخرى لان حجة الاسلام تقدم على قضاء العقوبة
اجماعا وان قلنا لا يقضى لم يجب عليه قضاؤها والاقوى عندي ان الاولى عقوبة وان العقوبة لا يقضى
قال دام ظله واذا تحلل القارن اتى في القابل بالواجب وقيل بالقران اقول الاول قول ابن

لسنته

كان هذا الحج الثاني به قضاء عن تلك الفاسدة ... وان قلنا ان العقوبة ... حجة الاسلام ولا يكون قضاء ... الفاسدة م

ادريس والمصنف هنا وفي المختلف والنهاية والمبسوط والثاني قول الشيخ وابن حمزة لما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر
عليه السلام انه سأله القارن يحصر وقد قال واشترط فحلني حيث حبستني قال يبعث بهديه قلنا هل يتمتع من قابل قال لا ولكن يدخل في
مثل ما خرج عنه ومثله روى رفاعة وفي الصحيح عن الصادق عليه السلام والجواب الحمل على ... وهذا
هو الاقوى عندي قال دام ظله وهل يسقط الهدي مع الاشتراط في المحصور والمصدود قيل لا لان اقول قد يطلق هذا
البحث والمراد هنا اذا اجتمع الحصر والصد في واحد في حالة واحدة والحق انه اذا اجتمعا في حالة واحدة يتخير في الاخذ
بحكم ايهما شاء واعلم ان الخلاف فيما تقدم وهنا معا انما هو فيمن لم يسق الهدي اما مع سياقه فلا يسقط باجماع الامة
قال دام ظله وروى ان من بعث هديا من افق من الآفاق تطوعا واعد اصحابه وقت ذبحه او نحره ثم يجتنب ما
يجتنبه المحرم ولا يلبي فاذا حضر وقت الوعد احل ولو فعل ما يحرم على المحرم كفر استحبابا اقول هذه الرواية رواها
الشيخ ابو جعفر بن بابويه في الصحيح عن معاوية قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبعث بالهدي تطوعا وليس
بواجب فقال يواعد اصحابه يوما فيقلدونه فاذا كان تلك الساعة اجتنب ما يجتنبه المحرم الى يوم النحر فاذا كان
يوم النحر اجزأ عنه الحديث قوله ولا يلبي لرواية عبد الله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال ان ابن عباس وعليا
كانا يبعثان بهديهما من المدينة ثم يتجردان وان بعثا بهما من افق من الآفاق واعدا اصحابهما بتقليدهما واشعارهما
يوما معلوما ثم يمسكان يومئذ الى يوم النحر عن كل ما يمسك عنه المحرم ويجتنبان كل ما يجتنبه المحرم الا انه لا يلبي الا من
كان حاجا او معتمرا وقوله كفر استحبابا لما رواه هارون بن خارجة في الصحيح قال ان ابا مراد بعث ببدنة
وامر الذي بعث بها معه ان يقلد ويشعر في يوم كذا وكذا فقلت له انه لا ينبغي لك ان تلبس فبعثني الى ابي عبد الله
عليه السلام وهو بالحيرة فقلت له ان ابا مراد فعل كذا وكذا وانه لا يستطيع ان ينزع الثياب لمكان ابي جعفر
فقال مره فليلبس الثياب ولينحر بقرة يوم النحر عن لبسه الثياب لا يقال هذا امر والامر للوجوب لانا نقول
الموجب الاحرام اجماعا ولم يوجد

الفصل الثالث في كفارات الاحرام

قال دام ظله وروى في الاسد اذا
لم يرده كبش اقول اختلف الاصحاب في قتل الاسد في الحرم فقال ابن بابويه فيه كبش وقال الشيخ لا شيء عليه واختاره
ابن حمزة وابن ادريس احتج الاولون بما رواه سعيد المكاري قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل قتل اسدا
في الحرم قال عليه السلام عليه كبش يذبحه وهي ضعيفة قال دام ظله ويجوز الى قوله وشراء القماري والدباسي واخراجها
من مكة للمحل وفي المحرم اشكال اقول ينشأ من انها صيد وكل صيد حرام على المحرم اما الاولى فظاهرة
واما الكبرى فلقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وهي عامة بالاجماع في المبسوط والتحرير

ونهيه

وذهب علماؤنا الا ابن الجنيد الى انها مخصصة بالرواية ومن عمومه ما رواه العيص في الصحيح قال سألت ابا عبد الله
عليه السلام في شراء القماري يخرج من مكة او المدينة فقال ما احب ان يخرج منها شيء وهي تدل على الكراهية
لان المراد لو كان التحريم لزم تحريم اخراجها من المدينة ولو كان التحريم والكراهة لزم استعمال المشترك في معنييه
ولان هذه رواية آحاد لا تعارض القرآن ولانها حكاية حال فلا تعم ولعدم صلاحيتها دلالتها لتخصيص الآية
اذ ليست لانها صريحة والحق عندي التحريم قال دام ظله والاقرب وجوب الصوم عن الستين وان نقص البدل
اقول اذا قتل نعامة فعليه بدنة فان عجز فض ثمنها على البر واطعم ستين مسكينا لكل مسكين نصف صاع فان
زاد الثمن على ستين كانت الزيادة له وان نقص عن الستين لم يجب عليه الاتمام فان عجز صام عن كل نصف
صاع يوما ستين يوما فلو نقصت قيمة البدنة عن الستين كان وفي خمسين لا غير ولم يتمكن من القيمة هل يجزيه
صوم خمسين او لا بد من الصوم عن الستين الاقرب الثاني لان الخمسين انما يجزي اذا كان البر موجودا او اخرجه
اما بدله فلا ويحتمل اجزاء الناقص لان الصوم بدل الاطعام الذي يجب حينئذ حالة الاضطرار فيقدر بقدره
والاقرب عندي عدم الاجزاء لان البدل الاضطراري مما وانه في الحكم مبدل منه ولان دليله يجمع المجموع
لا يستلزم بدلية الاجزاء للاجزاء قال دام ظله فان عجز صام ثمانية عشر يوما وفي وجوب الاكثر لو امكن
اشكال اقول ينشأ من ان العجز عن الكل يتحقق بالعجز عن بعض اجزائه ومن ان سقوط احد الواجبين لا يستلزم
سقوط الآخر قال دام ظله ولو عجز بعد صيام شهر فالاقوى الاحتمالات وجوب تسعة ثم ما قدر ثم
السقوط اقول وجه الاول ان الثمانية عشر بدل الشهرين ونصف البدل بدل نصف المبدل وما فعل
ولا حاجة الى بدله ووجه الثاني ما تقدم ووجه الثالث انه قد صام ثمانية عشر واعلم ان هذا انما
يأتي ان لو كان المكلف اذا علم انتفاء شرط التكليف قبل دخول وقته هل يحسن منه التكليف للاصوليين
فيه قولان والله تعالى عالم بكل معلوم فهو يعلم انتفاء شرط التكليف بالشهرين على القول بانه لا يحسن
التكليف لم يكن مكلفا بالشهرين بل بالثمانية عشر يوما وهو الذي يقتضيه نظر ... وعلى القول بانه يحسن
لم يقع ما صامه عن الثمانية عشر يوما الا ستحالة التكليف بالبدل الاضطراري والمبدل في حالة واحدة
واستحالة صحة تقدم الفعل على التكليف فيجب التسعة او ما قدر على الاحتمالين قال دام ظله وفي فرخ
النعامة صغير من الابل على راي اقول هذا اختيار الشيخ في الخلاف وابن البراج والمفيد والمرتضى
وابن ادريس وابي الصلاح لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم وقال في النهاية مثل ما في النعامة لصدق

الاثم عليهما وعلى الكبيرة بالتراضي فيستويان في الحكم المعلق عليه والاصح عندي الاول قال دام ظله
في الثعلب والارنب قيل كالظبي اقول ذهب الشيخان والمرتضى وابن ادريس الى ان حكم الثعلب والارنب
في الابدال حكم الظبي وابن ابي عقيل وعلي بن بابويه لم يتعرضا لغير الظبي ولم يذكر ابن ابي عقيل حكم الثعلب
والارنب احتج الشيخ بما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال سألته عن قوله تعالى او عدل
ذلك صياما قال عدل الهدي ما بلغ يتصدق به فان لم يكن عنده فليصم بقدر ما بلغ قال دام ظله والابدال
على الترتيب على رأي اقول هذا اختيار السيد المرتضى والشيخ في المبسوط والنهاية والمفيد وابن ابي عقيل وابي
الصلاح وهو الاقوى عندي لرواية ابن محبوب عن علي بن رئاب عن ابي عبيدة عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا اصاب
المحرم الصيد ولم يجد ما يكفر من موضعه الذي اصاب فيه الصيد قوم جزاؤه من النعم دراهم ثم قومت الدراهم طعاما
لكل مسكين نصف صاع فان لم يقدر على الاطعام صام لكل نصف صاع يوما وذهب الشيخ في الخلاف والجمل
في باب الصوم الى التخيير لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة او كفارة
طعام مساكين او عدل ذلك صياما لان لفظة او تقتضي التخيير قال دام ظله وفي كسر كل بيضة
من القطاة والدراج من صغار الغنم وقيل مخاض من الغنم الى قوله فجزاء فان عجز فكبيض النعام قيل يعني شاة
تجب على كل بيضة شاة اقول وجه الاول قوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم وهو اختيار الشيخ ابي القاسم
سعيد رحمه الله والثاني قول الشيخ وابن حمزة وابن ادريس وهو اختيار المصنف في المختلف واحتج بما رواه سليمان
بن خالد في الصحيح قال قال ابو عبد الله عليه السلام في كتاب علي في بيض القطاة بكارة من الغنم وانما قلنا ان ذلك مع
التحرك لما رواه سليمان بن خالد ومنصور بن حازم في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال ان ما في محرم وطئ
بيض القطاة فشدخه قال يرسل الفحل في مثل عدد البيض من الغنم كما يرسل الفحل في عدة البيض من الابل لا يجوز
حمل هذا الحديث على التحرك الاول لعدم المناسبة فانه يحمل على الارسال قال الشيخ ابو جعفر الطوسي كالحكم في
حكم بيض النعام سواء قال ابن ادريس يجب في كل بيضة شاة فان عجز فكمن لا شاة في بيض النعام
وهو قول الشيخ المفيد وقال ابن حمزة ان عجز عن الارسال تصدق عن كل بيضة قطاة بدرهم ورد المصنف
قول ابن ادريس والمفيد بانه لا يجوز الاستبدال للاقوى عن الاضعف مع العجز عن الاضعف لامتناع التكليف
بمثل ذلك ولا ريب ان الارسال في التكليف اضعف ضرورة عدم حصول النتاج فكيف يتوهم ايجاب الاقوى وهو الشاة
التي لا تجب حال المكنة مع العجز احتج المفيد بما رواه سليمان بن خالد في الصحيح عن الصادق عليه السلام

قال

قال في كتاب علي في بيض القطاة كفارة مثل ما في بيض النعام والجواب ان المماثلة في مطلق الكفارة لا يقتضي
المماثلة في القدر قال دام ظله ولو ضرب طيبا فيقضي عشرة قيمته واحتمل وجوب عشر ثمانية لوجوبها
في الجنين وهو يقتضي التقسيط وعشرينها والاقرب ان وجد المشارك في الذبح والعين لا فالقيمة اقول وجه الثاني
الحرج في التقسيط ووجه الثالث اسقاط مع وجود المشارك وثبوته مع اسقاطه وهو الاقوى عندي قال
دام ظله ولو ازمن صيدا او ابطل ممتنعه احتمل كمال الجزاء لانه كالهالك والارش اقول وجه الثاني انه
لم يتلفه بل نقصه والاقوى عندي الاول قال دام ظله وقيل في البطة والاوزة والكركي
شاة اقول في المبسوط فيه شاة قال ولو قلنا فيه القيمة لانه لا نص فيه كان جائزا وقال ابن حمزة فيه شاة
واوجب ابن بابويه الشاة في كل طير عدا النعامة لرواية ابن سنان الصحيحة عن الصادق عليه السلام انه قال
في محرم ذبح طيرا ان عليه دم شاة يهريقه قال دام ظله ولو فقد العاجز عن البدنة البر دون
قيمته فالاقوى الاحتمال لان التعديل عند فقده ثم شراء غيره في الاكتفاء بالستين او زاد اشكال فان تعذر
احتمل التخيير والاقرب الاتيه ثم الانتقال الى الصوم اقول وجه الاول ان الواجب البر ويمكن تحصيله
بعد وقت وجب تعديل القيمة توصلا الى حصول الواجب في امكانه كالهدي ووجه الثاني اشتراكهما
في المعنى المقصود منه ومنشأ الاشكال في الاكتفاء بالستين اختصاصه بالبر وقيام هذا مقامه
وهو ضعيف عندي والحق وجوب الزائد ووجه التخيير تساويهما في المعنى المقصود منه وتعذر البر
ووجه وجوب الاقرب اليه قرب حصول المعنى المقصود منه ووجه الانتقال الى الصوم انه عاجز
عن البر وهو التصحيح قال دام ظله والاولى الحاق المعدل بالزكاة اقول وجه الاولوية احق
ام بعد تلف الصيد صار قدر فوجب ان يخرج عن العهدة به ويحتمل الضمان لان ذمته مشغولة فلا يبرأ
الا بالاخراج ولم يحصل والاول هو الاقوى عندي قال دام ظله ومن قتل صيدا ضمنه فان اكله
تضاعف الفداء والاقرب انه يفدي القتيل ويضمن قيمة المأكول اقول الاول قول الشيخ في النهاية
والمبسوط لان علي بن جعفر سأل اخاه موسى عليه السلام عن قوم اشتروا ظبيا فاكلوا منه جميعا وهم حرم ما
عليهم فقال على كل من اكل منهم فداء صيد كاملا ولو وجب قيمة اللحم المأكول لبينه عليه السلام والا لزم
تأخير البيان عن وقت الحاجة ووجه الثاني ما رواه ابان بن تغلب قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن محرمين اصابوا فراخ
نعام فذبحوها واكلوها فقال عليه السلام عليهم مكان كل فرخ اصابوه واكلوه بدنة ولو تضاعف الفداء لكان

عليهما اى على كل واحد منهم عن كل جزء اكله من كل فرخ بدنة كاملة فلو اكل جزءً من فرخين من كل فرخ

جزءاً كان عليه بدنتان واما وجوب القيمة فلان لحم الصيد يضمن لاختلاف الاسباب ولاِنّا لغاء الكفارة

وضمان الاكل ضمان مالى ولانه اعظم تكذيباً من المملوك فالاحرام في مرتبة عليه من تشديد الضمان ولان

غيره يضمنه بالاكل فكذا هو فالرواية غير منافية لها لعدم استلزام وجوب البدنة نفى القيمة قال دام ظله

ولو جرحه ثم راه سوياً ضمن ارشه وقيل ربع القيمة اقول وجه الاول انها جناية مضمونة فكان

عليه ارشها والثانى قول الشيخ في النهاية والمبسوط وابن ادريس وابن البراج لان على بن جعفر سال اخاه موسى

عليهما السلام عن الرجل رمى صيداً وهو محرم فكسر يده او رجله وتركه فرعى الصيد قال عليه ربع الفداء والجرح

مع التلف مساوٍ للكسر مع التلف فساويه مع عدمه قال دام ظله فلو وقع الصيد في شبكة فخلصه الى قوله

فمات في يده ضمن على اشكال اقول منشاؤه من تعارض عمومى من اثبت يده على صيد ضمنه وما على المحسنين

من سبيل ومن انه هلك بتقصيره ومن انه لم يثبت يده عليه تعدياً قال دام ظله والاقرب انه لا شئ في الواحد

مع الرجوع اقول وجه القرب انهم جعلوا في حمام الحرم عن كل حمامة شاة فاذا عاد اجزت شاة وهو جمع والجمع لا يصدق

على الواحد ولانها لو تلفت لوجبت شاة فلا يجب مع العود والا لساوى حالتا العود وعدمه والنص قد فرق

ويحتمل وجوب الشاة لانه اسم جنس كالتمر فيصدق في الواحد ولانه فعل محرم فوجب الفداء ولمساواة

الجزء الكل في فداء الصيد ولهذا لو اشترك اثنان والمراد بالرجوع العود الى السكون في الموضع المعتاد

لها من الحرم قال دام ظله ولو امسك المحل الام في الحرم فمات الولد في الحل ففي ضمانه نظر من كون الاتلاف بسبب

في الحرم فصار كما لو رمى من الحرم اقول هذا وجه الضمان ووجه عدمه انه محل هلك صيداً في الحل فلا ضمان قال

دام ظله ولو هلك قبل ذلك اي مع عمادية فالاقرب الضمان اقول وجه القرب ان التنفير صالح للضمان مع المباشرة

من اجل انه لو اخذ آخر ضمن المنفر كالاخذ فمع الانفراد اولى ومن انه لا يد ولا جناية له عليه والاصح عندى الضمان

قال دام ظله وقيل يضمن بفعل الاغلاق ويحمل على جهل الحال كالرمى اقول هذا الشيخ لان يونس بن يعقوب سال

ابا عبد الله عليه السلام عن رجل اغلق بابه على حمام الحرم وفراخ وبيض فقال ان كان اغلق عليها قبل ان يحرم فان عليه

لكل طير درهماً ولكل فرخ نصف درهم والبيض لكل بيضة ربع درهم وان كان اغلق عليها بعد ما احرم فان عليه لكل طير شاة ولكل فرخ حملاً وان لم يتحرك فدرهم و

البيض نصف درهم فعلق على الاغلاق فلو شرط آخر لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ولان زيادة شرط نسخ ولم

ووجه اختيار المصنف ان الضمان انما يجب مع احتمال تلف الصيد ولانه قبل التلف مخاطب بالاطلاق لا الفداء

قوله ثم

وبلغ

ولا بالقيمة قال دام ظله ولو حل الكلب المربوط فقتل صيداً ضمن وكذا الصيد على اشكال اقول منشاؤه من انه

حلّ سبب ومن انه فعل سائغ محسن فيه وما على المحسنين من سبيل قال دام ظله ولو حفر في ملكه في الحرم

فالاقرب الضمان لان حرمة الحرم شاملة اقول يحتمل عدمه لانه التصرف وكيف شاء والحق الاول لان الاسباب

المباحة في ضمان الصيد كالمحرمة بل لا مؤنته بها كذلك قال دام ظله ولا يدخل الصيد في ملك المحرم الى قوله وقيل يملك

عليه زماله اقول الثانى قول الشيخ رحمه الله لعموم ان الارث وارثه له لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر

ما دمتم حرماً ووجه اختيار المصنف ان الاحرام منع ملك الصيد ابتداء وهو موجود والحق اختيار المصنف

قال دام ظله ولو استودع صيداً محلاً ثم احرم سلمه الى الحاكم ان تعذر المالك فان تعذر فالى نفسه محل فان

تعذر فاشكال الاقرب الارسال الى الضمان اقول منشاؤه من تعارض تحريم امساك الصيد ووجوب حفظ الوديعة

والقرب لتغليب حرمة الحرم مع مراعاة مصلحة المالك بالضمان وهو الاقوى قال دام ظله ولو كره فخرج فالا

فالاقرب عدم الضمان اقول وجه القرب ان القايد لا جناية له ولما ورد في الروايات لما قيل ان الحل ربما ازلق

فقال عليه السلام ان لبيض تماماً ارق وعليه فيه ويحتمله لانه جناية محرمة والاقوى عندى عدم الضمان قال

دام ظله وباليد الحاسة وتعيبها اشكال اقول من حيث النص ومن انه ادى الكفارة وذلك تعدى لا متحل

له في الكفارة والاقوى انه نبيح الكفارة ويأثم بالمخالفة قال دام ظله فان اصابه فدخل الحرم ومات

فيه ضمنه على اشكال اقول منشاؤه من انه سبب غير مضمون بل هو مباح ومن انه السراية في الحرم وحرمة الحرم

شاملة قال دام ظله وفي تحريم صيد حمام الحرم في الحل على المحل نظر اقول ذهب الشيخ في النهاية

وكتاب الحج من المبسوط الى التحريم لما رواه على بن جعفر في الصحيح قال سألت اخى موسى عليه السلام عن حمام الحرم

يصاد في الحل فقال لا تصاد حمام الحرم حيث كان اذا علم انه من حمام الحرم والنهى للتحريم وجعله في كتاب الصيد من المبسوط

والخلاف واختاره ابن ادريس للاصل وعورض بالاحتياط قال دام ظله وفداء المملوك لصاحبه وان زاد على القيمة

على اشكال اقول منشاؤه من عموم قولهم وفداء المملوك لصاحبه ومن ان المضمون بالنسبة اليه انما هو القيمة

بالنسبة الى الحق مع الاحرام والحرم بما يقيده الشارع ولا تعلق للمالك لما ليه به فيتصدق بالزائد والاقوى ان للمالك

قال دام ظله ويتكرر الكفارة بتكرار القتل سهواً وعمداً على الاقوى اقول ذهب الشيخ في النهاية والصدوق

فيما لا يحضره الفقيه والمقنع وابن البراج الى انه لا يتكرر في العمد لقوله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه ولما رواه

ابن ابى عمير في الصحيح عن بعض اصحابه عن الصادق عليه السلام قال اذا اصاب المحرم الصيد خطأ فعليه الكفارة فان اصابه

ثانيه خطأً فعليه الكفارة أيضاً إذا كان خطأً فإن أصابه متعمداً كان عليه الكفارة فإن أصابه ثانية
متعمداً فهو ممن ينتقم الله منه ولم يكن عليه الكفارة وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط وابن إدريس والمصنف
إنها تتكرر وهو الظاهر من كلام المفيد لقوله تعالى ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم وهو
عام وبينا أن النكرة والابتداء على السواء ولا امتناع في الجانب لجزائه والانتقام جميعاً في العود فليس
في قوله ومن ينتقم الله منه منع لذلك وفي الصحيح عن ابن أبي عمير قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام محرم أصاب
صيداً قال عليه الكفارة قلت فإن هو عاد قال عليه كلما عاد كفارة وترك الاستفصال في حكاية الحال يدل
على العموم في المقال والكفارة المنفية في الأول المكفرة للذنب لا العقوبة والتحقيق أن الكفارة إن
كانت عقوبة محضة تكررت لأن العقوبة يحتاج في تقريرها إلى نص لا في تكررها ولأنه من باب التنبيه بالأدنى
على الأعلى وإن كانت للتكفير لم يجب قال دام ظله وروي أن كل من وجب عليه شاة في كفارة الصيد
وعجز فعليه إطعام عشرة مساكين فإن عجز صام ثلاثة أيام في الحج أقول قوله وروي إشارة إلى رواية الشيخ
عن الحسين بن سعيد عن فضالة عن ابن أبي عمير وحماد ومعمر بن خلاد قال قال أبو عبد الله عليه السلام من أصاب صيداً فداؤه
بدنة من الإبل إلى قوله ومن كان عليه شاة ولم يجد فإطعام عشرة مساكين فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج
قال دام ظله ولو أمر المحرم مملوكه بقتل الصيد فقتله ضمن الآمر إن لم يكن محلاً في الحل على إشكال أقول ينشأ من أن
التسبيب والمباشرة في الصيد وإنما يقدم المباشر إذا كان ضامناً ومن حيث إن أمره يفعل والبحث إنما هو
في الأمر لا على سبيل الإكراه ولا على سبيل الإلزام قال دام ظله ولو استمنى بيده من غير جماع فالأقرب
الفدية خاصة وقيل كالجماع أقول الأول اختيار ابن إدريس وأبي الصلاح والمصنف وهو الأقوى عندي
لأن الجماع في غير الفرج أشد من الاستمناء لتعلق أحكام الزنا دونه وهو لا يفسد لرواية معاوية بن عمار الصحيحة
قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع على أهله فيما دون الفرج قال عليه بدنة وليس عليه الحج من قابل وقال
الشيخ في النهاية والمبسوط وابن البراج وابن حمزة وابن الجنيد بالثاني لرواية عبد الرحمن بن الحجاج الصحيحة قال سألت
أبا الحسن عليه السلام عن المحرم يعبث بأهله وهو محرم حتى يمني من غير جماع أو يفعل ذلك في شهر رمضان ماذا
عليهما قال عليهما جميعاً الكفارة مثل ما على الذي يجامع والحكم منوط بالإمناء وهو موجود في صورة النزاع
ورواية إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام قال قلت ما تقول في محرم عبث بذكره فأمنى قال أرى عليه مثل
ما على من أتى أهله وهو محرم بدنة والحج من قابل قال دام ظله والوجه تحمل الزوجة لو تمتع بها أقول

[illegible]

الأشياء كما في ملك نكاحها بالعقد الشرعي ودخولها في قوله تعالى إلا على أزواجهم لانحصار المحللات في
الزوجات وملك اليمين والثاني منتف فتعين الأول ويحتمل عدمه لأنه في العرف إنما أطلق على الدائم والتحليل إن
تعليق الحكم بالوصف إنما على سبيل الاغلاط ولا فالأول لا يدل على مفهوم مخالفته ولا موافقته والثاني يدل
على مفهوم المخالفة عند القائلين بها وعلى مفهوم الموافقة عنده فيفيده بالزوجية ما هو من الأول والثاني فعلى
الثاني حكم الزوجة لأنه من باب مفهوم الموافقة والأصح عندي إنها كالزوجة لأنها زوجة قال دام ظله ولا
يتحول الحكم الإحصان بزنا أو شبهة والغلام أقول وجه القرب أنه في العقوبة أشد فهو مفهوم
الموافقة ويحتمل عدمه لعدم النص ومنشأه أن الكفارة عقوبة أو تكفير قال دام ظله ولو أكرهها
فعليه بدنة على إشكال أقول منشأه من أنه مباح بالنسبة إليه غير محرم بالنسبة إليها لنا قول مباحاً
لعدم وصف غير المعقود عليه ولا سبيل لحجتها ومن أن فعل المكره مستند إلى المكره فيتحمل عنه ما يجب عليه
به والأقوى أنه لا يجب عليه شيء قال دام ظله ولو كان الغلام محرماً وطاوع ففي إلحاق الأحكام به
إشكال أقول منشأه أن الكفارة عقوبة أو إسقاط ومن أنه أشد فهو من مفهوم الموافقة ومن عدم
النص والأصل وأنه مفهوم المخالفة فيمنع الجزم بالسببية فيبقى حكم على الأصل قال دام ظله ولو جامع
في إحرام العمرة المفردة أو المتمتع بها على إشكال قبل السعي عامداً عالماً بالتحريم بطلت عمرته أقول يحتمل فساد
عمرة التمتع لقوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج هكذا وشبك بين أصابعه ويحتمل عدمه لانفراد الحج بإحرام هكذا
قال لي المصنف والأقوى عندي الأول قال دام ظله وكذا لو كان العاقد محلاً على رأي أقول
هذا اختيار بعض الأصحاب والمصنف في منتهى المطلب وروى الشيخ في الموثق عن سماعة بن مهران عن أبي عبد الله
عليه السلام قال لا ينبغي للرجل الحلال أن يزوج محرماً يعلم أنه لا يحل له قلت فإن فعل فدخل بها المحرم قال إن كانا
عالمين كان على كل واحد منهما بدنة والأصح خلافه للأصل ولأنه مباح بالنسبة إليه ويحمل الرواية على الاستحباب
قال دام ظله في اليد الناقصة إصبعاً واليدين الزائدتين إشكال أقول أما الناقصة فمنشأه أن
هذه أظافر يديه وإنه إنما يحمل على المعهود بتمامه وأما الزائدة فمنشأه أنها من أظافر يديه ومن أنها ليست
حقيقة فيها ولأنها لا ينقص بعدمها شيء وأما حكم اليدين الزائدتين فمن حيث إنه هل يصدق عليهما اسم اليد
حقيقة أم لا ومعه هل يحمل خطاب الشرع على الأعلى أو الحقيقة والأقوى عندي أنها كالأصلية قال
دام ظله ولو قلع شجرة منه وغرسها في غيره أعادها فلو جفت قبل ضمنها ولا كفارة أقول قال الشيخ

في المبسوط ومن قلع شجرة من الحرم وغرسها في غيره فعليه ان يردها الى مكانها فاذا فعل نظر فان عادت
الى ما كانت لم يلزمه شيء فان لم تعد وجفت لزمه ضمانها قوله ولا كفارة مستنده الاصل اذ الكفارة
تابعة للنص ولم نجد برواية ولا قول احد من الصحابة والتابعين بوجوب الكفارة قال دام ظله ولو نوع
به فلا كفارة على اشكال اقول يبتنى على انه هل يصدق عليه اسم اللبن حقيقة ام لا ومعه هل يحمل خطاب
الشرع على المعهود المتعارف او على الحقيقة مطلقا والاقوى عندي التحريم

كتاب الجهاد وفيه مقاصد

المقصد الاول فيمن يجب عليه

قال دام ظله وفي الجدين نظر اقول ينشأ من ان حكمهما حكم الابوين ولهذا يثبت لهما
الولاية ومن عدم النص ولان اسم الاب حقيقة في الاب والاشتراك ارجح من المجاز وقيل المجاز ارجح فلا يتناولهما
نص الابوين ولو سلم الاشتراك منع ارادة المعنيين والاقوى عندي انهما لهما ما للابوين لعموم الآيات الدالة
على وجوب الجهاد كقوله تعالى كتب عليكم القتال وقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا وغير ذلك
خص الابوان بالاجماع وبان طاعة الابوين فرض عين والجهاد فرض كفاية وفروض الاعيان مقدمة على فروض
الكفايات ولانه عليه السلام رد من منعه ابواه واخر لم يأذنا له ولم يرد نص على الجدين فيبقى على العموم فيهما
قال دام ظله ويستحب للعاجز الموسر الاستيجار له على رأي اقول ذهب الشيخ وابن البراج
وابن ادريس الى الوجوب لعموم الامر بالجهاد على الكفاية وهو فعل يقبل النيابة في الحيوة لا بعدها فاذا
تعذرت المباشرة وجبت الاستنابة تحصيلا لما اوجبه الشارع ولان المكلف مخير بين ان يقوم
بنفسه او يستأجر ويستحيل التخيير بين الواجب وغيره لما تقرر في الاصول وبالعجز عن احد الواجبين على
التخيير لا يسقط الآخر بل يتعين به وقال ابو الصلاح على معونة المجاهدين بماله في الخيل والسلاح و
الظهر والزاد وسد الثغر لقوله تعالى وكرهوا ان يجاهدوا باموالهم وانفسهم في سبيل الله ذمهم
على عدم انفاق مالهم مع القدرة عليه في الجهاد فيكون واجبا ولا يلزم وجوب الاعانة مع الجهاد
بالنفس لانه مع الجهاد يصرف الانفاق الى نفسه في الجهاد فمع عجزه عنه يبقى اصل الانفاق وهذا لانه
يدل على قول الشيخ رحمه الله احتج المصنف بقوله تعالى ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا
على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج نفى الحرج الثابت على المتخلف من غير عذر وهو ثابت في المال والنفس

فيكون

فيكون ثابتا فيهما ولان وجوب الاستنابة بدل عن النفس والمبدل غير واجب هنا فكذا البدل قال دام ظله و
لو تجدد العذر الذي هو العمى والزمن والمرض والفقر بعد الشروع في القتال لم يسقط على اشكال اقول منشأ
الاشكال تعارض عمومات قوله تعالى ليس على الضعفاء وقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا وقوله
تعالى اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الادبار ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال او متحيزا
الى فئة فقد باء بغضب من الله واعلم انه الى الجواز ذهب الشيخ الطوسي والى المنع قال ابن الجنيد قال دام ظله الجهاد
مشروع في دار الاسلام الى قوله وروى اصحابنا انه ينقض العهد اقول هذه رواية زرارة عن الصادق عليه
السلام قال ان رسول الله صلى الله عليه وآله قبل الجزية من اهل الذمة على ان لا يأكلوا الربا ولا يأكلوا
لحم الخنزير ولا ينكحوا الاخوات ولا بنات الاخ ولا بنات الاخت فمن فعل ذلك منهم برئت منه ذمة الله وذمة رسول الله
صلى الله عليه وآله

المقصد الثالث في كيفية القتال والنظر في شرف الامام منهم بالقتل والاسترقاق والاغتنام

قال دام ظله بشرط صلاحيتها للاستنجاد على اشكال اقول ينشأ من عموم
قوله تعالى او متحيزا الى فئة ومن النظر الى المعنى قال دام ظله قريبة او بعيدة على اشكال اقول
ينشأ من عموم قوله تعالى او متحيزا الى فئة ومن انه مخل بالمقصود وابطال لصورة الجهاد قال دام ظله فان بذلك
عن القتال مع الفئة البعيدة فالوجه الجواز اقول وجه الجواز انه واجب على الكفاية وقد قام به غيره
من فيه كفاية وكل واجب على الكفاية قام البعض به مقام الكل اجماعا عند ذلك البعض القائم وليس هو الآن في
موافقة العدو ومقابلته فلا يلزم الفرار ويحتمل عدمه لانه انما جاز له التحيز الى الفئة للاستنجاد لا
للترك والا لزم الفرار ولانه ترك بعد الشروع وقبل التمام بلا عذر ولا معنى للفرار الا ذلك والاقوى عندي عدم
الجواز لانه قد لقي الفئة وكل من لقي الفئة وجب عليه الثبات لهم اما الاولى فظاهرة لانه التقدير واما
الثانية فلقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا وقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا لقيتم
الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الادبار ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال او متحيزا الى فئة
فقد باء بغضب من الله والتحيز الى الفئة لاجل المطلب مدد لها لا لغيره من العسكر لا لانه مقاومة وتركه
قال دام ظله فيجوز هرب مائة ضعيف من المسلمين من مائتي بطل مع ظن العجز على رأي اقول نقل الشيخ
في المبسوط عن بعض الاصحاب الجواز واختاره المصنف في المختلف لقوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة
خرج عنه وجوب الثبات للضعف بالاجماع فبقي الباقي على الاصل واختار في المبسوط عدم الجواز لقوله تعالى

اذا لقيتم فئة فاثبتوا والاصح عندي الثاني لانه دلالة لا وجوب لثبات الضعيف على وجوبه للاقل او ولى

قال دام ظله ولو انفرد اثنان بواحد من المسلمين لم يجب الثبات على رأي اقول هذا اختيار الشيخ

في المبسوط للاصل ولان الاية انما دلت على وجوب ثبات المائة للمائتين وهو يقتضي وجوب الثبات على الكثرة في مقابلة

الضعف ووجوبه على الكثرة لا يقتضي ثبوته على الواحد وذهب الشيخ في النهاية وابن ادريس الى وجوب الثبات

لقول ابي عبد الله عليه السلام من فر من رجلين في القتال من الزحف فقد فر ومن فر من ثلاثة من الزحف لم يفر

والاول اقوى قال دام ظله والقتال بالسم على رأي اقول ذهب الشيخ في النهاية وابن ادريس الى تحريمه

لنهيه عليه السلام عنه رواه السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وقال الشيخ في المبسوط

وابن الجنيد بكراهته لرواية حفص بن غياث عن ابي عبد الله عليه السلام انه سأل عن مدينة من مدائن الحرب يجوز ان يرسل

عليهم الماء او يحرقوا بالنيران او يرموا بالمنجنيق حتى يقتلوا وفيهم النساء والصبيان والشيخ الكبير والاسارى

من المسلمين والتجار فقال يفعل ذلك بهم ولا يمسك عنهم لهؤلاء ولا دية عليهم للمسلمين ولا كفارة والسم

في معنى هذه الاسباب فيكون سائغا ولدخوله تحت قوله تعالى اقتلوا المشركين والاقرب عندي تحريمه ان كان

يؤدي الى قتل من يحرم قتله من غير ضرورة ولانه ليس بصورة الجهاد ولان المطلوب في الجهاد التعرض للنفس

لقوله تعالى ان الله اشترى من المؤمنين الاية وانكم بوداؤ وقف لا طعن عليه جاد قال دام ظله ولو كانوا

يدفعون عن انفسهم واحتمل الحال تركهم فالاقرب جوازه ومع ذلك غير المسلم اقول اذا تترسوا بمن يحرم قتله

كنسائهم او صبيانهم او مسلم فاما ان يكون الجهاد دافعا عن المسلمين بان قصدهم الكفار او الدعوة و

الكفار قصدهم لدفع عن انفسهم فان كان الاول رمى الترس مطلقا وان كان الثاني فاما ان يحتمل الحال

تركهم اولا فان كان الثاني رمى الترس غير المسلم لما رواه الشيخ عن حفص بن غياث عن ابي عبد الله

عليه السلام في الرواية المتقدمة في القتال بالسم ولان النبي صلى الله عليه وآله رما هم بالمنجنيق في الطائف وفيهم

النساء والصبيان ولان الكف عنهم يفضي الى تعطيل الجهاد ولانه يجب على كل مسلم بذل نفسه فلا يمتنع

لمخاطرة على غير المسلم ويحتمل ضعيفا عدم المنع عن قتل النساء والصبيان واما الترس المسلم فلا يجوز

ومنه لقوله تعالى ولولا رجال مؤمنون الاية ويحتمل الجواز لما تقدم قال دام ظله والمبارزة من دون اذن

الامام على رأي اقول المبارزة باذن الامام مستحبة باجماع الامة وانما اختلفوا في اشتراط اذن الامام و

عدمه فذهب الشيخ في المبسوط الى عدم اشتراطه والى انها بدون اذن الامام مكروهة وقال الشيخ في النهاية

وابن ادريس لا يجوز له ان يطلب المبارزة الا باذن الامام وقال ابو الصلاح لا يجوز للمسلم ان يستنفر الكفار

الا باذن سلطان الجهاد ويجب عليه ان يبرز الى من استبرزه بغير اذن الامام والحق اختيار المصنف هنا

لرواية عمرو بن جميع رفعه الى امير المؤمنين عليه السلام انه سئل عن المبارزة بين الصفين بغير اذن الامام فقال

لا بأس ولكن لا يطلب ذلك الا باذن الامام ولان الامام امر الجهاد وهذه جهاد مع الموافقة فلا يتوقف

على اذن اخر ولان ابا قتادة بارز رجلا يوم حنين فقتله ولم ينقل انه استأذن النبي عليه السلام قال

دام ظله ويحرم على الضعيف على اشكال اقول منشأه قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة ومن عموم

اباحة المبارزة ولانه مخاطب بقتال الكفار لا بالمبارزة قال دام ظله ولو لم يطلبه فالاقوى المنع من محاربته

اقول اذا شرط المشرك المبارزة بانفراده وهو المسلم بالقتال فنقول جوز الشيخ والمصنف

محاربته ما لم يشترط الامان الا ان يعود الى فئته لان قضية المبارزة ان لا يقاتله غير المبارز ما دام في

القتال وقد زال احتج المصنف على المنع بان شرطه عندهم وجوه ان لا يحاربه غير المبارز فيجب الوفاء بالشرط

لقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم قال دام ظله ولو وقفوا من غير قتال ففي استحقاق كمال الاجرة

نظر ينشأ من مساواة الوقوف الجهاد ولهذا يسهم له اقول الاقوى انه لا يستحق كمال الاجرة لانه استوجر

على اعمال القتال والجهاد ولم يحصل ما استوجر له كله فلا يكون له كل الاجرة لانتفاء الفائدة المقصودة

وربما قيل ان الاجارة على اعمال الجهاد لا يصح لجهالتها وعدم انضباطها فيكون الاجرة على الذهاب والوقوف

والاعمال تابعة ثم قيل باستحقاق كمال الاجرة بالموافقة قال دام ظله ويقضي الدين مما له المغنوم ان تجدد

الاغتنام والرق على اشكال وقد رجح الدين على الغنيمة وان زال الملك بالرق كما يقضي دين المرتد ولو استرق

بعد الاغتنام بيع بالدين لتقدم حق الغنيمة بالتعلق بالعين اقول اصل المسئلة ان دين المسلم على الحربي لا يسقط

باسترقاقه ولا باغتنام المال اذا كان صاحب الدين غير صاحب الدين وكذا دين الذمي المعصوم من جنس ما يجوز للمسلم

تملكه لان الجهاد ودار الكفر لا يبيح مال المسلم ولا ما يجوز تملكه للمسلم الذمي وانما البحث في قضائه فيقول

قد ذكر المصنف عليه منه السلام ورضي الله عنه وارضاه استرقاقه واغتنام ماله وقسم ذلك الى صور لانه اما ان يسبق

احدهما الاخر اولا والاول اما ان يكون السابق الرق او الاغتنام فالاقسام ثلثه آ ان يسبق الرق وهذه هي

الصورة التي وضعها المصنف ولا فيحتمل ان يقضي الدين من مال المغنوم لان الاسترقاق كالموت لانه يزيل

الملك ويقطع النكاح من غير طلاق وكالحجر وكل منهما موجب لتعلق الدين بماله فالاسترقاق كذلك قوله وان زال

بعد العفو وفدم حق الغنيمة ... ما لم على اشكال ولو ... افيونا فاقوى الاحتمالين

معلوم

ملكه إلى قوله كالميت إشارة إلى جواب سؤال يورد هنا وهو أنه فرق بين الاسترقاق والموت والحجر لأن في صورة
الحجر والموت لم يزل الارتباط بالكلية ولهذا حكم كثير من الفقهاء بأن المال بعد الموت باق على حكم مال
الميت ولم ينتقل إلى الورثة أما في الحجر فظاهر لبقاء الملك حقيقة وفي صورة الاسترقاق يزول الملك وأحكامه
عنه بالكلية وقضاء الدين منه فرع بقاء الملك عليه والدوام بقائه وأجاب عنه المصنف
بأنه وإن زال ملكه بالرق لكن لا يزول ارتباطه به وهو وجوب قضاء الدين منه كما أن الارتداد يوجب زوال
الملك بالكلية وآثاره الأقضاء الدين منه وذلك لعصمة مال المسلم عن الضياع ولأن الدين له تعلق بمال
المديون لوجوب القضاء منه ولو كان معسرا لا مال له لم يجب القضاء عليه وإلا لزم تكليف ما لا يطاق وتحمل
عصمته لأن شرط القضاء عنه تعلق الحكم به وبالرق زال التعلق بالكلية ولأن الدين متعلق بالذمة والغنيمة
بالعين فيقدم ما يتعلق بها على ما يتعلق بالذمة خاصة والاسترقاق لا يخرج الذمة عن صلاحيته لتعلق الدين بها
ب أن رق بعد الاغتنام فيحتمل هنا عدم القضاء كما لو انتقل المال إلى الكافر بسبب آخر غير الاغتنام ولأن
حق الغنيمة تعلق بالعين فالدين بالذمة مع بقاء ذمة الذمة وصلاحيتها للتعلق ولأن قضاء دين الكافر إبراء لذمته
وهي رحمة لا يناسب الكفر ويحتمل القضاء حفظا لمال المسلم عن التلف ج أن يفترقا فيحتمل تقديم الدين كما تقدم
في التركة والحجر على حق الورثة بل حق الورثة أقوى من حق الغانمين ويحتمل عدمه لأن حق الغانمين تعلق بعين
المال وحق صاحب الدين بالذمة وما يتعلق بالعين مقدم على ما يتعلق بالذمة في العين واعلم أنه ليس موضوع المسألة
أن يكون الاغتنام مع الأسر في الرجال المكلفين ولكن يظهر ذلك في حق النسوة والصبيان وفيما إذا فرض
الاغتنام مع حكم الإمام بوقوعه بعد الأسر والأصح عندي أنه يقضي في الصور كلها حفظا لمال المسلم وكلها حكم بعدم
قضاء شيء في ذمته يرجع عليه بعد العتق هذا تحرير هذه المسألة ويرجع إلى المتن لإظهار موضع اشتباه على الناظر
فيه مفعول قوله سبق فعل ماض والاغتنام بالفتح مفعول سبق والرق مرفوع على أنه فاعل سبق ويدل عليه
قول المصنف إذ زال ملكه بالرق لأنه إذا سبق الاغتنام كان زوال الملك عنه بالاغتنام لا بالرق فلا يجعله
تابعا المتقدم في المتأخر هذا تحرير هذه المسألة قال دام ظله ولو كان الدين لحربي فاسترق المدين فالأقرب
سقوطه أقول إذا كان لحربي على حربي دين ثم استرق المسلمون المدين فالأقرب سقوط الدين لأنه حق
على نفسه فهو على دينها الذي في ذمة الحربي وهو حربي وكل حربي قهر على ماله ملكه القاهر فيسقط ويحتمل عدم سقوطه
لأن الاسترقاق إنما للكافر ولا يسقط الدين لأ ماله ولأصالة البقاء فيتبع به بعد العتق والأول أقوى قال

دام ظله ولو أسلما أو أسلم المالك فهو باق إلا أن يكون خمرا عند القبض إذا كان الدين قرضا أو ثمنا أو شبهه أما
لو كان إتلافا أو غصبا فالأقرب السقوط بإسلام المديون أقول وجه القرب في الإتلاف والغصب أن الحربي
لم يلتزم بشريعة ولم يلتزم بماله كما لو اقترض أو اشترى والإسلام يجب ما قبله ولأنه إذا قهر الحربي حربيا على
ماله ملكه ولم يستعقب ضمانه والإتلاف نوع من القهر ويحتمل ضعيفا عدم السقوط لأنه لازم في قانونهم الذي يعمهم
شرعا والتزموا به فكأنهم رضوا عليه فصار كدين المعاملة والحق عندي أنه يسقط لأنه ليس أعظم من مال المسلم في الحرب
وهو يسقط بالإسلام ولأن الكافر ليس بمعصوم الدم والمال فلا يستعقب الإتلاف عليه الضمان ولأن القيمة أو المثل
بدل عن العين في وجوب الرد فأول ما لحق العين ثم بسببها يلحق القيمة أو المثل قال دام ظله ولو سبي
منفردا ففي تبعيته السابي في الإسلام إشكال أقربه ذلك أقول قال الشيخ وابن البراج وابن الجنيد يتبع السابي
في الإسلام لأن الدين إنما يثبت له تبعا وقد انقطعت تبعيته لأبويه لانقطاعه عنهما وانفراده عنهما وصيرورته
الحداية الإسلام كل مولود يولد على الفطرة وإنما أبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه ووجه اختيار المصنف
أن معه حرج وهو منفي والأقوى عندي أنه إنما يتبعه في الإسلام بالنسبة إلى الطهارة للحرج قال دام ظله
فإن ادعى استعجاله بالدواء ففي القبول إشكال أقول يحتمل القبول لوجوه آ أنه ادعى الأصل فيقبل ب
أن وجوب القتل يثبت على تقدير علمنا بالبلوغ والاسترقاق ثابت على تقدير عدم العلم بالبلوغ والأول منتف فيثبت
الثاني ج إنما يجب قتل من يعلم إنباته أو يحتمل ثانيه وكلاهما منتفيان فيثبت حكم القتل ويحتمل عدم القبول
لأن الشارع وضعه علامة إذا لم يعلم استعجاله بالدواء وإلا لم يحكم به لأنه بعيد فيجب وهو باطل إجماعا ولأن
الأصل عدمه الفصل الثالث في الاغتنام قال دام ظله الغانم هل يملك حصته من الغنيمة
بمجرد الاغتنام أو يملك أن يملك فيه احتمال فعلى الثاني يسقط حقه منها بالإعراض والأقرب عدم صحة الإعراض
بعد قوله اخترت الغنيمة وتعرض لعرض كالمعدوم أقول سيأتي توجيه الوجهين في أنه هل يملك حصته من
الغنيمة بمجرد الاغتنام أو يملك أن يملك فعلى الثاني يسقط حقه وبالإعراض نحو الشفعة لما ذكره المصنف ولأنه إما
أن يتوقف حصول الملك على اختياره أولا فإن توقف على اختياره زال بإعراضه قطعا وهو المطلوب وإن لم يتوقف
على اختياره فهو مالك حقيقة لا مالك أن يملك ونحن إنما بحثنا على هذا التقدير والأقرب عدم صحة إعراضه بعد
قوله اخترت لأن ملكه إما أن يحصل بغير اختياره أو يكون موقوفا على اختياره وعلى كلا التقديرين يكون بعد قوله
اخترت حاصلا فلا يزول إلا بسبب شرعي ولم يثبت ويحتمل الصحة لأن الرأي قد يتغير في الشيء المعدوم

مع السابي المسلم فكان تابعا له في دينه وفيه نظر لقوله عليه السلام م

مع القسمة إذ النوعي الإيمان وحفظ الملك وإن ما بعده يسقط بالإعراض م

الاستقرار لا يحصل قبل القسمة على ما يأتي قال دام ظله ولو اعرض الجميع فنقلها الى ارباب الخمس خاصة نظر اقربه
انها للامام اقول هنا ابحاث أ انهم شركاء واذا اعرض بعض الشركاء عن الغنيمة كانت الغنيمة للباقين ولان اصحاب
ارباب الخمس ثابت من حين الاغتنام لا يزول باختيار زواله اذا تقرر ذلك فنقول لما زال ملك الكفار فالغنيمة
اما ان يكون عليها ملك او لا والاول اما لواحد منهما او لا لواحد منهما والثالث محال وأحد الاوليين اما ان يكون
متزلزلا يزول باختيار الزوال او لا والثاني محال لا ما بحث على هذا التقدير فتعين الاول فلما زال ملك الغانمين
بالاعراض بقي مال لا مالك له اذ لا مالك له غير الغانمين وارباب الخمس اجماعا وهو شايع في مال مملوك وكل
جزء مرض فعليه يد مالك واذا اسقط المباح بالمملوك وجب الاجتناب عن سبيل الاشاعة في يد المالك صار الجميع
مملوكا للمالك لذلك المملوك وهم ارباب الخمس هنا ومن قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول
الآية وقد جعل لهم الخمس لا غير وهذه الآية ذكرت لبيان القسمة ولو كان لهم الكل في حال من الاحوال لبينه
والا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ولان ملكا للغنيمة بالحضور بعد الحيازة بالمدد وملك ارباب الخمس تعبد ووجه
قرب كونها للامام عليه السلام انها غنيمة لا مستحق لها غير الامام فيكون للامام عليه السلام اما الصغرى فلانه لا يستحقها
الغانمون وهو ظاهر ولا مستحقو الخمس لان الله تعالى جعل الخمس مما غنمناه عباده لنا فلا يجعل استغراق
الجميع لان الكل لا يسمى خمسا وايضا الغنيمة انما تملك باعتبار القهر والغلبة تامة من كل الحاضرين او من
بعضهم وانما كان قصده الامام عليه السلام فاذا اعرض الغانمون كان ذلك عليه السلام لانه في الحقيقة هو القاهر فهو
الغانم وايضا فان المباحات تملك باليد والاستيلاء ولما اعرض الغانمون بقي نصيبهم مباحا ويد الامام
على الغنيمة وهو متولي عليها اذ هو الذي يقسمها ويعين كل غانم نصيبه من غير اختيار والحق عندي
انها للامام لان الغنائم في الاصل له لقوله تعالى قل الانفال لله والرسول فمن اعرض رجعت حصته الى اصلها
فيكون لله وللرسول وبعد الرسول للامام عليه السلام قال دام ظله والاقرب صحة اعراض الغانمين دون
السفيه والصبي الا المفلس قبل القسمة اقول وجه القرب ان حيازة القسمة بمنزلة ابتداء الاكتساب وليس على
المفلس الاكتساب ايضا ولان الغرض تحصيل الجهاد للعزة والمفلس تحصيل عبادة ولانه لم يملك فاعراضه لا يكون اخراجا
للانفس على المال وهو المطلوب ولانه ممنوع من التصرف في المال ولا يعرف تحجيره عدمه لانه لا يحجر عليه ايضا دين الامتي
ولانهم لا يقبلون الغنيمة ومن لا يتم الواجب الا به فهو واجب والفرق بين المفلس والسفيه والصبي ان المفلس محجور
عليه في المال المملوك حقيقة لا فيما له ان يملكه وان لا يملكه بخلاف الصبي والسفيه فانه محجور عليهما في سائر حقوقهما

المالية

المالية قال دام ظله هل يملك الغنيمة بالاستيلاء أو بالقسمة أو القسمة أو يظهر الملك بالاستيلاء
مع القسمة وابتعاده مع الاعراض والتلف فيه نظر اقربه الاول اقول اختلف الناس فيما به تملك الغنيمة
على اقوال ثلاثة أ ان يملك بالاستيلاء ب انما تملك بالقسمة ج ان القسمة كاشفة عن الملك بالاستيلاء وما حصلت
القسمة ظهر ملكهما بالاستيلاء وان تلفت الغنيمة او اعرضوا قبل القسمة تبينا عدم الملك اذا تقرر ذلك فنقول وجه
الاول ان الاستيلاء على ما ليس بمعصوم من الاموال سبب الملك وايضا فان ملك الكفار يزول بالاستيلاء فلو لم يملكها
المسلمون لكان ذلك ملكا لغيرهما لكنهم هو ملك حقيقي يزول بالاعراض ووجه الثاني وجوه أ انه لو ملك
نصيب كل غانم النصاب لزكاه ولم يختلف اجزاؤها لم يجب الزكاة على المديون وفيه نظر اذ وجوب الزكاة اخص من الملك
فعدمها اعم من عدمه ولا دلالة للعام على الخاص ب ان للامام ان يقسم الغنيمة قسمة تحكم بخص كل بحصة معينة
ولو ملكوا لم يجز ابطال حقهم عن بعض الانواع بغير اختيارهم ج لو ملكوا بالاستيلاء لما زال بالاعراض لان سبب زوال
الملك عندنا اشياء محصورة والاعراض ليس منها كالاحتطاب والاحتشاش ورد ما تقدم واعلم ان الغنيمة
ليست تابعة للملكية مشروطة به دائما لانها تقع في الملك تقع فيما لا يملك كما في ارزاق الجند من مال المسلمين وكالجعل
الحقوق وكالزكوة بين الاخماس وان اختلف في الاصناف ولو كانت مشروطة بالملك لزم من وجوب القسمة في
تزاحم الحقوق ما خرق الاجماع او الدور لانه ان سبق ملكهم لزم الاول والا الثاني ووجه الثالث ان قصد
التملك بالاستيلاء على المال لا يتحقق الا بالقسمة لان المال تابع في الجهاد والغرض الاصلي من الجهاد اعلاء كلمة الله
تعالى لا المال فاذا اقتسموا قصد التملك بالاستيلاء فتبين حصول الملك اعلم انه على القول بان القسمة
كاشفة لا يقول تبين الحصة لكل واحد من الغانمين على التعيين حادث بل لان ذلك المحض الاستيلاء بل اذا اقسموا
تبينا انهم ملكوا الغنائم او لا ملكا شايعا ثم بالقسمة تميز الحصص ويتفرع على ذلك فروع ليس هذا موضع ذكرها
قال دام ظله ولو وطئ الغانم جارية المغنم عالما سقط من الحد بقدر حصته واقيم عليه بقدر حصص الباقين
وان احبلها فله بقدر حصته والاقرب وجوب العشر مع البكارة ونصفه مع عدمها اقول البحث هنا في مقامين
الاول وجوب الحد وقد اختلفوا فيه فقال الشيخ في الخلاف لا يلزم الحد واطلق وقال في المبسوط كما قال
المصنف هنا والتحقيق عندي ان هذه المسألة مبنية على ملك الغنيمة فعلى القول بانه يملك بالقسمة يسقط الحد لانه اما ملك
جزء من الغانمين وشبهة حق الملك له عليها لان قبل القسمة يكون لحقوق الغانمين في كل عين من تاب تزاحم
الحقوق وهذا شبهة وان قلنا ملك كل واحد تملكا للكل وهذا بخصص الامام منهم من اختار ان يعين في هذه من خراص تزاحم

الحقوق وهو شبهة للواطئ فان ملك البعض ملك القوة فيدخل تحت قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات
وكذا الاحد ان قلنا الغنيمة كاشفة لجواز اعراض الكل غيره فيظهر حكم عليها فلا يكون اقل من ان تشبه على امته
غير امته بها لان طرفي التردد هنا طرفا امكان ونم طرفا وجوب وامتناع وطئ الملك الاستيلاء بعد تعيين نصيب
الباقين اذا كان عالما بالتحريم لانه شريك وطئ جارية مشتركة عالما بالتحريم وكلما كان كذلك وجب عليه من الحد بقدر
حصة الشريك لغير الغنيمة **المقام الثاني** وجوب المال للوطي وفيه مسئلتان آ اصل الوجوب فان قلنا بملك الاستيلاء
وجب عليه بقدر حصص الباقين وان قلنا لا تملك الا بالقسمة قيل لا يجب شيء للاصل وهو قول الشيخ في المبسوط لعدم
ملك الغانمين وعدم استحقاق غير مهر الموطوءة وقيل يجب الكل لانه وطئ في غير ملك سقط فيه الحد فيجب عوض
البضع كوطئ الشبهة ولانه ليس له ان يطأ فقيمة البضع للاصل فيكون للغانمين كما انه يغنم ما ليس له
التصرف فيه ويحتمل ان يقال يجب كما يأتي في مبادئ القسمة كاشفة وعلى القول بانها كاشفة ولم يعين من قبله
قد حصص الباقين وعلى القول بانها كاشفة عن خصوصية ملك كل واحد وانه كان قولا نادا ممنوعا فان حصلت
بالوطئ فلا شيء عليه وان حصلت لغيره فعليه المهر كملا ب ما ذا يجب قال المهر وهو مبني على انها لم تملك حقيقة بعد
او على ان الجارية المشتركة يجب بوطئها مهر المثل والقول المشهور المختار عند الاكثر انه يجب العشر مع البكارة و
نصفه مع الثيبوبة ان قلنا ان الغنيمة تملك بالاستيلاء لانها جارية مشتركة بقي هنا مسئلة هي البحث في الاستيلاد
ولم يذكر المصنف فيها اشكالا وشرطنا ان لا نتكلم في هذا الباب الا على مواضع ذكر فيها خلافا او احتمالا او اشكالا
والشرط املك لكن هنا نشير الى المسئلة فنقول ان قلنا لا يملك الغانمون قبل القسمة لم ينفذ الاستيلاد
لانها علقت به في غير ملكه وان قلنا انهم يملكون بالاستيلاء فهو كالجارية المشتركة قال دام ظله ولا الاعراب
وهم من اظهر الاسلام ولم يصفه وان قاتلوا مع المهاجرين على راي اقول هذا مذهب الشيخ في النهاية لان النبي
عليه السلام صالح الاعراب عن المهاجرة بترك النصيب وقال ابن ادريس يسهم لهم كغيرهم ولعموم الاية ولم يثبت التخصيص
قلنا انه ثبت فعله عليه السلام فهو مخصص لعموم الكتاب قال دام ظله ولا يسهم للمغصوب مع غيبة المالك وله الاجرة
على الغاصب ومع حضوره لو يسهم له وللمقاتل سهم الراجل والفرس احتسابا للاجرة منه اقول دليل القرب وجهان
آ انه يسهم في الحقيقة للمقاتل وانما يضاف الى الفرس مجازا لانه حصل باعتبارها ب انه اخذ منفعة ما يحمل
عليها فلا اجرة كالمسكن وغيره ويحتمل عدمه لاستحقاق الاجرة عليه وعدم ملكها السهم قال دام ظله
ولو كان ذا افراس فالوجه التقسيط فياخذ ما لا يحصله مع حضوره اقول وجه التقسيط تساوي الكل

ولا رجحان من غير مرجح ويحتمل عدمه لرجحان المالك وعصمته هذه قال دام ظله ولو تعددت
افراس المالك خاصة او افراسهما معا فاشكال اقول منشأه في الاول انها افراس قوتل عليها والنص
على ان للفارس سهمين وان سهم المغصوب هنا للمالك والنص على انه لا يعطى الا فرس لا ازيد فلا بد وان
يسهم لها لكن الخيل التي معه للشرع وهو يمنع ملكية سهما آخر لفرس اخرى وهذا وارد ايضا فيما اذا تعددت
افراسهما ولان وجودها وعدمها في حصول السهمين على السواء فلا يكون لها تاثير فيه واما اذا تعددت
افراس الغاصب خاصة فمن حيث انه سهم الفرسين مع التعدد هل يقتضي التعصيب عليها محتمل ذلك لانه لا ترجيح لبعضها
من غير مرجح ويحتمل عدمه لقول امير المؤمنين عليه السلام اذا كان مع رجل افراس في الغزو لم يسهم الا لفرسين
منها فعلى هذا يحتمل ان يكون الفرسان للمغصوب منهما لتلازم حقيهما له ويحتمل السهم لخيله دونها ترجيح
من غير مرجح مع انه يلزم اسوء الاحوال ولانها قوتل عليها ويحتمل عدمه لان الشارع لم يسهم للفرسين
الا لانهما مطية الاعانة له على الجهاد وهو متحقق في افراسه دونها ولو كان مع المالك لم يسهم لها لوجودها
وعدمها سواء قال دام ظله اما ما يده عليه وليس جنة كالمنطقة والخاتم والنفقة التي معه ففي كونها سلبا
او غنيمة نظر اقول منشأه من انه مفهوم من السلب للمبارز كذلك السلاح من السيف والرمح والسكين
واللت ونحوه لانه يستعين به في القتال فهو اولى بالاخذ من المبارز كذلك لذاته لانه يستعين بها
كالسلاح بل ابلغ منه وكذلك يحتمل زيادة السهمين بخلاف السلاح وما ذكره هنا ليس من الملبوس لانه يستعين
به في الحرب فاشبه المال الذي في خريطته ومن انه ملبوس له فاشبه ثيابه والنفقة مما يستعان بها في القتال
ايضا قال دام ظله ولو عينها منها فتح البلد صلحا فان انفق المجعول له فاربابها على الاحد او دفع القيمة
جاز والا فسخ الصلح وردوا الى مامنهم لانه صلح منع الوفاء بما وجب بشرط قبله على اشكال اقول منشأه من ان الصلح
متعلق بمصلحة عامة للمسلمين كافة وفسخه يخل بها ويتعلق بمصلحة خاصة من غير سقط حصولها ويمكن
استدراكها بقيمتها من بيت المال فمراعاة الاولى اولى ومن تضاد حق صاحب الجعل والصلح وسبق الاول
وما ذكره المصنف هو الاقوى لان ذا صاحب الجعل لا يفوته عليه الا التفاوت بين عين الشيء وقيمته وفسخ
الصلح يعود ضرره على المسلمين لاحتياجهم الى قتالهم مرة ثانية بعد فتحها ولعوده على الاصل بالابطال
والمصالح الكلية راجحة على المصالح الجزئية ولان الحاكم يستفيد فضلا الجعل لمانع وقع على غرق الناس في الحرم
ويستند بجزعه حاله مما لا يحتوي من سقوطها الا في الفرق لا يمكن تحصيل جزائه قال دام ظله ولو ماتت

الغرم

قبل التسليم مع المكنة لاحتمل اخرة مثل والقيمة أقول وجه الاول انه قد تعذر ما شرطه له فيجب له الاجرة و
وجه الثاني ان المال الجعالة والاجارة مضمونان بالقيمة قال دام ظله ولو لم يحصل للغانمين سوى الجارية
ففي وجوب تسليمها اشكال أقول وجه عدم الوجوب عموم قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه
فاوجب صرف الخمس في الغنيمة فيخرج عن الجعالة ولا يتعين بحصول غيرها لان تلك الغنيمة حصلت بواسطة الجعالة وكان
المقصود بالذات حاصلا هناك بخلاف هنا ولان الجعالة تابعة للغنيمة المقصودة بالذات لانه انما جعل لتحصيل الغنيمة
فلا يجوز اسقاط ما بالذات لتحصيل ما [illegible] ووجه الوجوب انها جعالة صحيحة فيجب الوفاء بها مع العمل والتمكن
وقد حصلا ولان القصد بالجهاد اقامة الدين واظهار الكلمة الاسلام والغنيمة تابعة فلا تكون مانعة من السبب المحصل للغرض
الذاتي قال دام ظله اما لو قال لا تخف ولا بأس عليك فاذا انتم اليه فما يدل على الامان كان امانا والا فلا على
اشكال اذ مفهومه ذلك أقول ذكر المصنف وجه كونه امانا ووجه العدم ان الخوف من القتل والقتل بينهما
عموم من وجه فنقيضاهما بينهما تباين جزئي ولا دلالة لاحد المتباينين على الآخر ونفي التباين فقد يكون الامان
بالاسلام ونحوه كالامان فهو اعم ولا دلالة للعام على الخاص قال دام ظله والاقرب اشتراط الحرية والذكورة
ممن يختاره الفريقان او الامام خاصة دون اختيارهم خاصة أقول وجه القرب انه من المناصب
الجليلة فلا يليق بحال العبد والمراة ليقصر بها ويحتمل عدمه لانه متعلق بالمعروف وحسن الرأي لا بحضرية
الاشخاص لانا لتقدير انهما يصلحان لتدبير هذه الاشياء من حيث الرأي والتدبير قال دام ظله ويسقط عن
الهم على رأي أقول هذا اختيار ابن الجنيد لما رواه حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام لما علل وضع
الجزية عن النساء الى ان قال وكذلك المقعد من اهل الشرك والذمة والاعمى والشيخ الفاني الحديث واحتج الشيخ ومتابعوه
بعموم الكتاب ولانها وضعت للصغار والاهانة وهو يناسب الكفر الثابت في هؤلاء فيجب وضعها عليهم عملا بالمقتضي
قال دام ظله المجنون وان كان يجن ويفيق قيل يحكم للاغلب وقيل يلفق ايام الافاقة فاذا بلغت حولا فالجزية
أقول اتفق الكل على ان المجنون المطبق لا جزية عليه واختلفوا في الذي يجن ويفيق على اقوال ثلثة أ قول الشيخ في الخلاف
والمبسوط انه يحكم للاغلب ب انه يلفق ايام الافاقة فيجب ان يكون حولا ج السقوط وهو اختيار المصنف في مختلف
الشيعة لحسن الاولون فان الاعتبار في الاصول بالاغلب واحتج القائلون بالسقوط بما رواه طلحة عن
الصادق عليه السلام قال جرت السنة بان لا يؤخذ الجزية من المعتوه ولا من المغلوب عليه عقله وهو صادق في غير
المطبق وغيره واحتج الآخرون بانه اذا بلغت ايام الافاقة حولا صدق عليه انه افاق حولا فيجب

عليه والصغرى والكبرى ممنوعتان والحق عندي السقوط قال دام ظله ولو ظهر قوم وزعموا انهم
اهل الزبور ففي تقريرهم اشكال أقول وجه عدم التقرير انها مواعظ لا احكام فيها ووجه التقرير عموم قوله
تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون الى ان قال من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد ولان المجوس يقرون
مع اختلافهم في اصل كتابهم فهنا اولى قال دام ظله ولو دخلوا بعد التبديل قبل البعثة احتمل التقرير مطلقا
لانحطاط درجة المجوس المقرين على دينهم عنهم والتقرير ان يميزوا بغير المحرف أقول وجه الثاني سقوط الفضيلة
الموجبة للاحترام بالتحريف ولانهم منكرون لبعض كتابهم ومنكر بعض الكتاب كمنكره
فكان حكمهم كمن لم يقر بكتاب اصلا ولعموم قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
وقول النبي صلى الله عليه وآله امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم
واموالهم الا بحقها وهذا عام خص منه اهل الكتاب الملتزمون به بجميعه بالآية والمجوس بقول
النبي صلى الله عليه وآله سنوا بهم سنة اهل الكتاب فمن عداهم من الكفار يبقى على هذا العموم قال دام ظله
والاقرب تقرير المتولد بين الوثني والنصراني بالجزية بعد بلوغه ان كان ابوه نصرانيا والا فلا أقول وجه
القرب انه يقر بالجزية تبعا للاب حال الصغر وكل من يقر بالجزية تبعا يقر مع ادائها حال البلوغ اما اذا
كانت الام نصرانية فالاقرب عدم تقريره بالجزية ولانه لا يلحق احدا من ابويه في ذلك اما الام فلانها ليست
من اهل الجزية وان كانت نصرانية واما الاب فلانه وثني واذا لم يلحق احدا من ابويه في الجزية لا يقر بها
ويحتمل تقريره بالجزية مطلقا لانه يتبع اشرف الطرفين فهو نصراني وكل نصراني يقر بالجزية للعموم ويحتمل عدم
السقوط مطلقا لان الكفر ملة واحدة ولهذا ترث الذمي من اهل الكتاب مطلقا خلافا في ذلك والذي
لا يرث وليس بمحارب [illegible] واعلم ان الشيخ في المبسوط ذهب الى انه تابع لابيه مطلقا والمصنف قال انه تابع
لابيه ان كان كتابيا قال دام ظله ولو بلغ نصراني وله ولد صغير ففي زوال الحكم المستمر عنه نظر
أقول وجه الزوال ان حكم الستر انما ثبت عليه تبعا له ولانه لو اسلم تبعه ووجه العدم الاصل فان الاصل
بقاء ما كان على ما كان وقد ثبت له حكم الستر اولا والاصل بقاؤه قال دام ظله ويصح العقد
مؤقتا على اشكال [illegible] انه بدل الاسلام فلا يصح فيه التوقيت كالمبدل أقول هذا وجه احتمال
عدم صحة التوقيت ويحتمل الصحة لان العقد مبني على الكفر وهو لا يجوز دوامه شرعا اذ في كل زمان يجب
الاسلام فالمبني عليه اولى بعدم الدوام فالعقد ماهيته لا يجب دوامه فيجوز فيه التوقيت ولان الصحة

مناعبارة عن ترتب اثره عليه وهو حاصل في الموقت لوجوب الكف عنه وهذا هو اثر العقد وانما وجب
الكف عنه لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله و
لا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون جعل الغاية الا
عطا مطلقا قال دام ظله ولا يصح تعلقه بمشية الامام على اشكال ينشا من انه ليس للامام الابتداء
بالتعيين ومن حيث الشرط اقول قد ذكر المصنف وجه الاشكال فاقول على تقدير الصحة هل للامام نقضها
اقربها الاقوى انهم ما داموا يؤدون الجزية ويلتزمون بشرائط الذمة ليس له نقضه بل الفائدة جواز نقضه عند
فعلهم ما لو شرط عليهم تركه او تركهم لفعل ما يوجب النقض في العقد المطلق لتصحيح المؤبد فلا اشكال فيه قال
دام ظله وله الجمع على راى اقول هذا مذهب ابن الجنيد وابي الصلاح وذهب المصنف في مختلف الشيعة
والشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة وابن ادريس الى عدم الجواز الجمع لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد
وهم صاغرون جعل الجزية غاية لقتالهم وليس المراد بها المجموع والا لتعين نصف احدهما وهو المطلوب قال
الاولون المراد الاعم وتعيين الجزية بنظر الامام كالمقدار وهو الاقوى عندي قال الشيخ رحمه الله وابن
الجنيد وابن البراج وابن ادريس لقوله عليه السلم الاسلام يجب ما قبله ونقل المفيد عن بعض الاصحاب وابن
البراج وابن ادريس وجوبها الجزية واختاره ابو الصلاح لانها وجبت عليه حول الحول فلا يسقط عنه بالاسلام
كالدين والاقوى السقوط لان الجزية اثر الكفر واثار الكفر يقطعها الاسلام وهي اولى لحكم قوله عليه
السلام الاسلام يجب ما قبله من اسقاط ما كلف كالصلاة ولان الجزية عقوبة وصغار بسبب الكفر والاسلام
يسقطهما ولا يمكن عقوبة الكفر بعد الاسلام اجماعا ولنا فانما سقوطها لوجب الاسلام رخصة قال
دام ظله ولو مات في اثنا السنة فالاقرب السقوط بالكلية اقول وجه القرب وجوبها عند تمام الحول
التقسيط لانها عوض عن بقائه تلك المدة مقرا على دينه قال دام ظله الصغار ان جعلناه عدم العلم بالمقدار
لم يجب الاهانة والا فالاقرب الوجوب اقول قال الشيخ في الخلاف الصغار المذكور في الاية هو التزام
الجزية على ما يحكم به الامام من غير ان يكون مقدرة والتزام احكامنا عليهم وقال في المبسوط الصغار المذكور في
الاية هو التزام احكامنا وجريانها عليهم قال ومن الناس من قال الصغار هو وجوب جري احكامنا عليهم
ومنهم من قال الصغار ان يؤخذ الجزية والمسلم جالس وقال ابن الجنيد الصغار عندي هو ان يكون مشروطا
عليهم في وقت العقد ان يكون احكام المسلمين جارية عليهم اذا كانت الخصومات بينهم وتحاكموا في خصوماتهم الينا

ان

وان يؤخذ منهم وهم قيام على الارض وقال ابن ادريس تختلف الفقهاء في الصغار والاظهر انه
التزام احكامنا عليهم واجراؤها وان لا يقدر الجزية فيوطن نفسه عليها بل يكون بحسب ما يراه الامام لما
يكون معه ذليلا صاغرا فلا يزال كذلك غير موطن نفسه على شيء فحينئذ يتحقق الصغار الذي هو الذلة وقيل الصغار
هو الاهانة فحينئذ يجب الاهانة لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وقال المفيد الصغار
هو ان يأخذهم الامام بما لا يطيقون حتى يسلموا قال الصادق عليه السلم ان الله تعالى يقول حتى يعطوا الجزية
عن يد وهم صاغرون وللامام ان يأخذهم بما لا يطيقون حتى يسلموا والا فكيف يكون صاغرا وهو لا يكترث بما يؤخذ
منه قال دام ظله والاقرب في الخبر انه مراعاة مصلحة المسلمين في العقد السوقية او التعذر الشرعي اقول لان
الجزية وضعت لمصلحة المسلمين وليست بزكاة لعدم صحة الزكوة من الكافر ومن انا نصالح ونجعل عليهم زكوة فيكون
بحكمها والاقوى عندي الاول قال دام ظله لو خرقوا الذمة في دار الاسلام ردهم الى مأمنهم وهل له
قتلهم واسترقاقهم ومفاداتهم فيه نظر اقول لا خلاف في جواز الرد الى مأمنهم وهل يجب ام لا فيجوز استرقاقهم
وقتلهم ومفاداتهم يحتمل الاول لانه قد دخل الدار بامان فلا يغتال بل يجب رده الى مأمنه ونص الاصحاب على ان
كل موضع حكم فيه بانتفاء الامان فان الحربي لا يغتال بل يرد الى مأمنه ثم يصير حربا ولا يعقد لذمة اقوى من الامان
في حكمه مع تحققه وشبهة الامان مع زواله ومن دخل بشبهة امان لا يغتال بل يرد فهنا اولى والاصل
فيه ان هذا العقد جزء من الامان او لازمه وهو اعم ورفع المركب والملزوم الاخص لا يستلزم رفع اجزائه ولا رفع
اللازم فلم يفعل ما يبطل امانه ويحتمل الثاني لانهم مع خرق الذمة يصيرون حربا اجماعا فيشملهم قوله تعالى
فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم والامان باعتبار عقد الذمة وقد بطلت وعموم قوله تعالى حتى يعطوا
الجزية عن يد وهم صاغرون والاصل فيه ان علة الامان هو الجزية وقد بطلت فيبطل لان عدم العلة علة العدم
والمعلول لا يتاخر عن العلة ومعنى البطلان هنا هو عدم ترتب الاثر وهو ترك قتله من الكفار قال اقول يحتمل ان
تجري احكام المسلمين عليهم ببذل الجزية لقول امير المؤمنين علي بن ابي طالب عليه السلم انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم
كدمائنا واموالهم كاموالنا فاذا ثبت تحكم احكام المسلمين كدمائهم وجب الذب عنهم ويحتمل عدمه
لان الجزية عوض قتلهم وسبيهم لانه المفهوم من قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الاية فلا يجب الدفع
عنهم بسبب العقد ولانها تسقط الجهاد عنهم في الدين فلا يوجب الجهاد عنهم ولانها عقوبة لانها خلف عن القتل
والقتل عقوبة ولا يجب بسبب العقوبة الدفع عنهم قال دام ظله نعم لو انفردوا في الاعادة نظر اقول

للأصحاب فيه قولان قال الشيخ في المبسوط لا يجوز لانه لا دليل عليه وبناؤها محرم ممنوع منه قال
ولو قلنا لهم ذلك كان قويا لانا اقررناهم على التبقية فلو منعناهم من العمارة لخربت والاولى الجواز لان
على اقرارهم على التراميم حديثهم ومنهم ورثة متعبداتهم ولجريانها للتوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وآله
الى يومنا هذا بترك البيع والكنائس ولا يقومون لبناء واعادة هذه المدة واحتج المانع بان الاعادة كالابتداء
ولقوله عليه السلام لا خصي في الاسلام ولا كنيسة قال دام ظله وفي المساواة اشكال اقول
منشأ من ان المقصود الاهانة ولا تحصل في المساواة في البناء ومن تحريم العلو لا يستلزم تحريم المساواة قال
دام ظله فلو كانا للمسلم فالاقرب اقراره على العلو اقول يحتمل الازالة لان الشارع جعل تعلية الذمي بناءه
على المسلم سببا للازالة سواء استمر في يده او يد ذمي آخر وهو موجود هنا ووجه القرب ان الشارع جعل
شراها من مسلم سببا للاقرار وعدم الازالة وهو اعم من صورة النزاع والاستصحاب قال دام ظله ولو سبه
او الزنا فهو مرتد فان اسلم لم يلزمه شيء ويحتمل القتل لان حد قذف النبي القتل وحد القذف لا يسقط بالتوبة
ووجوب التعزير لان قذف النبي ارتداده وقد سقط حكمه بالتوبة وبقي حكم القذف اقول قد ذكر المصنف
في احتمال هذه المسألة حجة كافية فلا فائدة في التكرار قال دام ظله وفيما بينهما خلاف والاقرب اعتبار الاصلح
اقول قال الشيخ الظاهر انه لا يجوز بعموم الامر بالقتال في قوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين
خرج منه اربعة اشهر لتخصيص القرآن بخلاف الباقي على العموم وقيل بالجواز لان المدة قصرت عن اقل الجزية
فجاز العقد فيها كالاربعة الاشهر والاولى اعتبار الاصلح قال دام ظله ولو اسلم لما هم اهله
ففي القبول خلاف اقول قال الشيخ في الخلاف وابن الجنيد والمصنف في المختلف لعموم وادعى الشيخ في الخلاف
الاجماع عليه ولان ابتداء الكون على الدين المنتقل اليه مقبول فكذا عقيب كفر المساوي له في جميع الاعتبارات
وقال في المبسوط لا يقبل لقوله تعالى ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه ولقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه
والاقوى عندي انه لا يقبل قال دام ظله فان عاد ففي قتله قولان اقول القولان للشيخ في المبسوط
قال دام ظله فان امر فعل قيل لا يملكه للاستصحاب اقول هذا قول الشيخ رحمه الله تعالى قال
دام ظله والاقرب كراهية كتب الاحاديث اقول وجه القرب اصالة الجواز وحرمتها وقال الشيخ
حكم الدفاتر التي فيها احاديث رسول الله صلى الله عليه وآله وآثار السلف واقاويلهم حكم المصاحف والاقرب
الاول قال دام ظله وفي قسمة ما حواه العسكر بين الغانمين قولان اقربهما المنع اقول ذهب السيد

المرتضى

المرتضى رحمه الله وابن ادريس الى انه لا يقسم وقال ابن عقيل والشيخ في الخلاف وابن الجنيد وابن البراج وابو الصلاح تقسم لان
عصمة النفس اولى من عصمة المال فاباحة المال اولى من اباحة النفس قال الشيخ نجم الدين بن سعيد رحمه الله ما حواه العسكر يقسم
خاصة وقوله يخرج منه ولد من تسلم بعد القتال لمدد قبل القسمة واعلم ان الخلاف انما هو فيما حواه العسكر دون
باقي اموالهم احتج المصنف بقوله عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه

المقصد الخامس

في الامر بالمعروف والنهي عن المنكر قال دام ظله واما الخلاف في مقامين احدهما انهما واجبان على الكفاية او على الاعيان
والثاني انهما واجبان عقلا او سمعا والاولى في المقامين اقوى اقول ذهب السيد المرتضى وابو الصلاح وابن ادريس الى و
جوبهما سمعا والا لم يرتفع معروف ولم يقع منكر ويكون تعالى مخلا بالواجب واللازم بقسميه باطل والملزوم مثله بيان الشرطية
ان الامر بالمعروف هو الحمل عليه والنهي عن المنكر هو المنع منه فلو وجبا بالعقل لوجبا عليه تعالى اذ كلما وجب بالعقل يجب
على كل من حصل وجه الوجوب في حقه وكان يجب لا محالة ولا لزم الثاني والاقوى عندي الاول لما تقدم وذهب الشيخ والمصنف الى
وجوبهما عقلا لانه لطف وكل لطف واجب واعلم ان الشيخ وابن حمزة اوجباهما على الاعيان لعموم القرآن والسيد اوجبهما
على الكفاية واختاره المصنف وابو الصلاح وابن ادريس لقوله تعالى ولتكن منكم امة يدعون الى الخير ويأ
مرون بالمعروف وينهون عن المنكر والاقوى عندي الاخير قال دام ظله فلو افتقر الى الجراح او القتل
ففي الوجوب مطلقا او باذن الامام قولان اقول ذهب السيد المرتضى رحمه الله والشيخ في التبيان وابن ادريس
وابو الصلاح الى الاول لعموم وجوبهما وذهب الشيخ في الاقتصاد والنهاية وسلار وابن البراج الى الثاني لانه لو جاز
لجاز الجهاد من غير اذن الامام عليه السلام لكن التالي باطل اجماعا فالمقدم مثله والملازمة ظاهرة قال دام ظله
وفي اقامته على ولده وزوجته قول بالجواز اقول القول للشيخ في النهاية وابن البراج ومنع سلار من ذلك وقال
ابن ادريس يقيم على عبده خاصة قال دام ظله ولو ولي من قبل الجائر عالما بتمكنه من وضع الاشياء في مواضعها
ففي جواز اقامة الحد له بنية انه نائب عن سلطان الحق نظر اقول المراد اذا كان فقيها ووجه النظر اختلاف
الاصحاب فذهب الشيخ في النهاية الى الجواز لان غرض الشارع من وضع الحدود الزجر من المحارم والمواظبة على الخيرات
فتحصيله جائز منه وقال ابن ادريس بعدمه

كتاب المتاجر وفيه مقاصد الاول

الاول في اقسامها قال دام ظله والاقرب في ابوال ما يوكل لحمه التحريم للاستخباث الا بول الابل

للاستشفاء اقول هذا مذهب المفيد والشيخ في النهاية وذهب ابن ادريس والمصنف في المختلف الى
الجواز لانه طاهر ينتفع به فنوع بيعه كغيره. وانا اذكر قاعدة يعرف منها مسائل الخلاف والوفاق ومسائل الخلاف
في كل مسائل البيع فاقول ما لا منفعة فيه اصلاً لا يجوز العقد عليه لان ذلك يكون من اكل المال بالباطل فيحرم
لقوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل ولم يقصد اذ ما ينتفع به الى الهبة فيجوز له وهذا الذي
لا منفعة فيه لا يصح ملكه كالخمر والميتة الا ان الخمر اذا اجزنا تخليلها فقد تميل في اقسامها للتخليل واما ما فيه
منفعة مقصودة فلا يخلو من ثلاثة اقسام احدها ان يكون سائر منافعه محرمة والثاني ان يكون سائر منافعه
محللة والثالث ان يكون بعضها محللاً وبعضها محرماً فان كانت سائر منافعه محرمة صار كالقسم الاول الذي
لا منفعة فيه كالخمر والميتة وان كانت سائر منافعه محللة جاز بيعه اجماعاً كالثوب والعبيد والعقار و
غير ذلك من ضروب المال وان كانت منافعه مختلفة فهذه المواضع من المشكلات ومزلة الاقدام فيقول
قد تقدم اصلان جواز البيع عند تحليل سائر المنافع وتحريمه عند تحريم جميعها فاذا اختلف عليك فانظر فان كان
جل المنافع والمقصود منها محرماً حتى صار المحلل من المنافع كالمطرح فان البيع ممنوع ووجه الحاق هذا باحد
الاصلين لان المطرح من المنافع كالعدم واذا كان كالعدم صار كان الجميع محرم واليه اشار عليه السلام بقوله
لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وان كان الامر بعكسه كان الحكم بعكسه وهو ان يكون المقصود
من المنافع وجلها مباحاً والمحرم مطرح في المقصود فوجه الحاق هذا بالاصل الثاني وهو ما حل سائر منافعه
واشكل من هذا القسم ما يكون فيه منفعته محرمة مقصودة مرادة وسائر منافعه سواها محللة مقصودة
فان هذا ينبغي الحاقه بالقسم الممنوع لان كون هذه المنفعة المحرمة مقصودة يؤذن بان لها حصة من الثمن
لان العقد اشتمل عليها كما اشتمل على سائر المنافع سواها وهو عقد واحد على شيء واحد لا سبيل الى تبعيضه و
المعاوضة على المحرم منه ممنوع فيمنع الكل واذا وقع من هذا النوع مسائل تشكل على العالم ادري المنفعة المحرمة
ملتبسا امرها هل هي مقصودة ام لا وري ما سواها منافع مقصودة محللة فيمنع من التحريم لاجل ان المقصود
من المنافع محلل ولا يطلق القول بالاباحة لاجل الاشكال في تلك المحرمة هل هي مقصودة ام لا وبين اهل اخر فيقول
بالكراهة فاحتفظ بهذا الاصل قال دام ظله والاقرب جواز بيع كلب الصيد والماشية والزرع والحائط
واجارتها واقتنائها اقول هذا مذهب ابن الجنيد وابن ادريس وابن حمزة والاصل وجوز الشيخ والمفيد
وابن البراج مع الكلب الصيد دون غيره لنا انه لو جاز بيع كلب الصيد جاز بيع باقي الكلاب الاربعة والمقدم

ثابت اجماعاً فالثاني مثله بيان الشرطية ان المقتضي لجواز ما كون البيع مما ينتفع به وثبوت الحاجة الى المعا
وضة وهذا المعنى ثابتان في صورة النزاع فيثبت الحكم عملاً بالاصل السالم عن معارضة الاصل اشتغاله
فلان لها ديات منصوصة ولانه يجوز اجارتها فيجوز بيعها احتج الشيخ بما رواه عن السكوني في الموثق عن
الصادق عليه السلام قال السحت ثمن الميتة وثمن الكلب الحديث وبما رواه الوليد العامري قال سألنا ابا عبد الله عليه
السلام عن ثمن الكلب الذي لا يصيد فقال سحت فاما الصيود فلا بأس وفي السند ضعف قال دام ظله ولو قيل
بجواز بيع السباع اجمع لفائدة الانتفاع بذكاتها ان كانت مما يقع عليها الزكاة كان حسنا اقول قال المفيد
لا يجوز بيع السباع وهو اختيار سلار وابن عقيل والشيخ في النهاية الا الفهود وما ذكره المصنف هنا مذهب
ابن ادريس وابن البراج والشيخ في المبسوط لنا انه عين طاهرة ينتفع بها فجاز بيعها اما الصغرى فلما بيناه من
طهارة المسوخ واما الكبرى فلعموم قوله تعالى واحل الله البيع اذ الفقهاء اتفقوا في سائر الاعصار والاصقاع
على عمومه ولرواية العيص بن القسم عن ابي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الفهود وسباع الطير هل يلتمس التجارة
فيها قال نعم قال دام ظله وفي جواز بيع لبن الادميات تردد اقربه الجواز اقول وجه القرب اشتماله على
منفعة مقصودة عقلاً وشرعاً ويحتمل عدمه لانه من الفضلات كالبصاق وايضا البيع من الامور الشرعية
وكلما اورد الشرع فيه جواز البيع حكم بجواز بيعه والا فلا ولم يرد الشارع في اجزاء الادمي المعينة
وفضلاته جواز البيع لشيء منهما واللبن من احدهما والاقرب عندي جواز بيع اللبن قال دام ظله وقد وردت
رخصة في اخذ اجرها في العرس اذا لم تتكلم بالباطل ولم تلعب بالملاهي ولم يدخل الرجال عليها اقول
الرخصة ما جاز فعله مع قيام المانع بمعنى اقتضى جوازه بدليل وههنا كذلك لقيام الاجماع على تحريم الغناء والملاهي
ودليل الرخصة رواية ابي بصير في الصحيح قال قال ابو عبد الله عليه السلام اجر المغنية التي تزف العرائس
ليس به بأس ليست بالتي يدخل عليها الرجال ولقد اختلف الاصحاب هنا فقال الشيخ في النهاية لا بأس باجر المغنية
وحرم الغناء كله وقال المفيد كسب المغنية حرام واختاره ابن ادريس وهو الاقوى عندي لان هذه الرواية
من الاحاديث فلا يعارض الدليل المانع لتواتره قال دام ظله والاقرب انه لا حقيقة له وانما هو تخييل
اقول المراد بالسحر استحداث الخوارق بمجرد التأثيرات النفسانية او الاستعانة بالفلكيات فقط او على
سبيل تمزيج القوى السماوية بالقوى الارضية او على سبيل الاستعانة بالارواح الساذجة وقد حصر اهل
المعقول الاول باسم السحر والثاني بدعوة الكواكب والثالث بالطلسمات والرابع بالعزائم وكل ذلك محرم

الاولى م

اذا لم تعمل بالباطل ولا تدخل على الرجال ولا تدخل الرجال عليهن وقال ابو الصلاح م

في شريعة الاسلام ومستحله كافر اما تعلمه على سبيل الاستعانة بخواص الاحكام ليفعله فهو عالم الخواص والاستعانة
بالشعبذة وهو علم الحيل وجر الاثقال وهذان النوعان لا يحرمان لما بيناه اذا عرفت ذلك فنقول اختلف
الفقهاء في ان السحر لا بمعنى دعوة الكواكب فان الكواكب لا تاثير لها قطعا هل له حقيقة اي تاثير او تخييل لا حقيقة له بمعنى
عدم التاثير ذهب بعضهم الى الاول وآخرون الى الثاني وما احتج القولين قوله تعالى فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه
وما هم بضارين به من احد الا باذن الله الآية احتج الاولون من هذه الآية بوجهين آ انه تعالى ذمهم على تعلم
ما يفرقون به فلو لم يكن له تاثير لما استحقوا الذم ب انه تعالى اسند التفريق اليه اذ الباء للسببية واحتج الآخرون
منهما بقوله تعالى وما هم بضارين به من احد الا باذن الله ولو كان له تاثير لبينت القرب وهنا وجوه من الاعتراض
آ انه نفى الاضرار وهو غير لازم للتاثير فلا يستلزم نفيه نفيه ب الفعل الا انه يتوقف من حيث الفاعل على قدرة والداعي
والارادة ومن حيث الفعل على امكانه ومن حيث القابل على كونه قابلا صالحة للتاثير فنفي الفعل لا لانه لا يستلزم نفي كون
ما له صالحة للتاثير فنفي المجموع لا يستلزم نفي الجزء المعين ج انه استثنى بقوله الا باذن الله والاستثناء من النفي اثبات
فيفضي التقدير انه اذا اذن الله ضاروا ضارين وهذا اثبات التاثير والجواب عن آ انه لو كان مؤثرا
فتاثيره اما ان يحصره في النفع او في الضرر او يشترك بينهما والاول محال والا لكان حسنا والثاني والثالث
اما ان يكون مكلفا متمكنا من الاضرار به او لا والثاني باطل والا لم يكن قبيحا والاول اما ان يتوقف تاثير
به على اذنه تعالى او لا والثاني باطل بالآية لانه تعالى قد نفى الاضرار به الا باذنه فانحصر الاضرار به في تقدير
اذنه تعالى لكن اذنه تعالى فيه محال لاستحالة اذنه تعالى بالقبائح وهو ظاهر عندنا واما عند
الاشاعرة حيث قالوا بنفي الحسن والقبح العقليين فنقول انه ما لهم لو اذن في القبائح لزم
اجتماع النقيضين لانه بالاذن يكون حسنا عندهم وبالنهي عنه يكون قبيحا وفرق بين الاذن والارادة على
قواعدهم فتاثيره في الاضرار موقوف على المحال فيكون محالا فلا يكون مؤثرا في الاضرار فلو كان مؤثرا لكان في
النفع خاصة ويعود القسم الاول ومنه يظهر الجواب عن الثاني والثالث لا يقال يلزم نفي قبحه
على قولكم لانا نقول لا يلزم ذلك لجواز اشتمال هذا الفعل على وجه قبح غير ذلك ولان القبيح اعتقاد
تاثيره والجواب عن احتجاج الاولين اما عن آ فلانه ذمهم من حيث الاعتقاد او من حيث قبح الفعل
لاشتماله على وجه قبح غير ما ذكرناه وعن ب انه اسند التاثير اليه في اعتقادهم فتقديره انهم يتعلمون
منهم وما يعتقدون انهم يفرقون به بين المرء وزوجه واعلم ان الحق عندي انه لا تاثير له ولا حقيقة قال

دام

دام ظله ولو اشتراه الكافر فالاقرب البطلان اقول يحتمل ضعيفا الصحة لعدم دلالة النهي في
على الفساد ووجه القرب ان النهي في المعاملات اذا لم يتم غرض الشارع في تحريمه الا بابطاله توجب القول ببطلانه
مطلقا قال دام ظله نعم لو اخذ الاجرة على المستحب منها فالاقرب جوازه اقول اطلق ابن البراج القول
بالتحريم لعموم النهي عن اخذ الاجرة على التغسيل وهو يشمل الواجب والمندوب ووجه القرب انه فعل سائغ غير واجب فجاز
اخذ العوض عليه كغيره من المباحات وكالحج المندوب للاصل قال دام ظله تلقي الركبان مكروه على راي
اقول هذا اختيار الشيخين وقال ابن البراج وابو الصلاح وابن ادريس انه محرم والحق الاول للاصل احتج
الآخرون بما رواه منهال القصاب عن الصادق عليه السلم قال قال لا تلق ولا تشتر ما تلقى ولا تاكل منه والجواب
انه اعم من التحريم قال دام ظله ومع الغبن الفاحش يتخير المغبون على الفور على راي اقول هذا
قول الشيخ في المبسوط وابن ادريس كخيار العيب لانه خيار تدليس فكان كخيار المصراة والفرق ان في المصراة
للاخبار وقيل لا يسقط الا بالاسقاط ورجحه نجم الدين ابو القسم بن سعيد وهو الاصح عندي قال دام
ظله ويحرم الاحتكار على راي اقول هذا مذهب الصدوق في المقنع وابن البراج لقول النبي عليه السلم لا يحتكر
الطعام الا خاطئ وقال عليه السلم المحتكر ملعون وذهب الشيخ في المبسوط والمفيد الى الكراهية للاصل والقول
الصادق عليه السلم يكره ان يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم طعام والقولان لابي الصلاح
في الكافي قال دام ظله وقيل ان يستبقيها ثلثة ايام في الغلاء واربعين في الرخص اقول هذا القول
للشيخ الطوسي وابن البراج لقول الصادق عليه السلم الحكرة في الخصب اربعون يوما وفي الشدة والبلاء ثلثة
ايام فما زاد على الاربعين في الخصب فصاحبه ملعون وما زاد في العسرة على ثلثة ايام فصاحبه ملعون
قال دام ظله ويجبر على البيع لا التسعير على راي اقول هذا مذهب الشيخ وابن البراج وابن ادريس
لان المقصود هو بذل الطعام للبيع وقال المفيد للسلطان ان يسعرها بما يراه وبه قال سلار واختاره
المصنف في المختلف وابن حمزة عليه عند التشديد الا في المغالاة والحق المنع عليه حينئذ قال دام ظله ولو
اطلق فالاقرب تحريم اخذه منه اقول هذا مذهب الشيخ في كتاب الوكالة من المبسوط وابن ادريس في كتاب الزكوة
من كتابه لمقابلة الدفع للاخذ ولرواية عبد الرحمن بن الحجاج الصحيحة قال سألته عن رجل اعطاه رجل مالا
ليقسمه في محاويج او مساكين وهو محتاج أيأخذ منه لنفسه ولا يعلمه قال لا يأخذن منه شيئا حتى يأذن له
صاحبه وذهب الشيخ في النهاية وابن ادريس في كتاب المكاسب الى جواز الاخذ منه قال دام ظله ولو

ثمر النخل والفواكه لا فساد قيل جاز الاكل دون الاخذ والمنع احوط اقول الاول قول الشيخ وبه
رواية الاولى عصمة مال المسلم قال دام ظله المقصد الثاني في البيع وفيه فصول الاول الصيغة وفي
اشتراط تقديم الايجاب نظر اقول ذهب الشيخ في المبسوط وابن حمزة وابن ادريس الى الاشتراط لان القبول
اضافة لا يصح تقدمها على احد المضافين ولاصالة بقاء الملك على صاحبه فلا ينتقل عنه الا بسبب شرعي ولم يثبت
كون مثل هذا سببا شرعيا فيقتصر على الاجماع وذهب ابن البراج الى عدمه كالنكاح ولان الاصل اعتبار الرضا بين المتبايعين
والالفاظ دالة عليه فلا عبرة بالترتيب والجواب الفارق في النكاح حياء المرأة المانع
من تقديم الايجاب والرضا وحده غير كاف والاقوى انه لا يصح تقديم القبول الفصل الثاني المتعاقدان
قال دام ظله وهل يصح له استيجار المسلم او ارتهانه الاقرب المنع اقول لانهما سبيلان وكل سبيل
للكافر منفي عن المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والنكرة المنفية
للعموم ويحتمل الصحة لان الاستيجار عبارة عن ثبوت عمل في ذمة المسلم مستحق للكافر وذمة المسلم قابلة للا
شتغال بما يستحقه الكافر والمسلم كالدين فان طريقهما واحد ولم ينقل عن الائمة فرق بينهما والرهن تسليط
على استيفاء دينه من ثمنه فلا يستلزم ثبوت السبيل عليه اذ بيع المسلم لاجل الكافر يصح واستيفاء دينه من
دراهم حصلت من ثمن المسلم غير ممنوع منه والاقوى عندي المنع في المسئلتين لان الرهن يستلزم قبض
المرتهن اما اشتراطه كمذهب بعض او جوازه بالمعنى الاعم والقبض سبيل ولا يثبت للكافر على المسلم وكذا
الاستيجار قال دام ظله والاقرب جواز الايداع له والاعارة عنده اقول وجه
القرب ان الايداع محافظة واما هو قطع تسلط المستودع فان المستودع ليس له الا المحافظة
والعارية لا تقتضي استحقاق رقبته ولا منفعته بل تقتضي اباحة العمل وعمل المسلم للكافر بعوض
جائز ويحتمل المنع لانه اثبات يد على المسلم وهو سبيل ممنوع منه والاقوى عندي عدم الجواز في المسئلتين
قال دام ظله وهل يسترد العبد او القيمة فيه نظر نشأ من كون الاسترداد تملكا للمسلم
اختيارا ومن كون الرد بالعيب موضوعا على القهر كالارث الى قوله وكذا البحث لو وجد المشتري عيبا
اقول قد ذكر المصنف الوجهين والاقوى عندي ان الكافر اذا اسلم بيع على سيده من مسلم لانه قد زال سلطان
السيد عنه وبقي له حق استيفاء ثمنه في رقبته لا بمعنى انه ملكه لان الملك سبيل فهو منفي لعموم الاية فهذا
البيع بالنسبة الى الكافر استيفاء والى المشتري كالبيع وهذا حكم المسلمين قال دام ظله

اما المطلقة فالاقرب الحاقها بالمشروط لسلطنته اقول الاقوى عندي العدم لان المكاتب مملوك لانه لو مات
قبل اداء المال اخذ مولاه جميع ماله وحكمنا انه مات رقا قال دام ظله ولو اسلم ام ولده لم يجبر على عتق
لانه تخيير وفي البيع نظر اقول وجه النظر تعارض مقتضى البيع وبين تخييره ولا يمكن اثباتهما ولا رفعهما
لان رفع كل واحد انما هو لثبوت الاخر فيلزم ثبوتهما هذا خلف والاقوى عندي وجوب دفع القيمة من الزكوة
او من بيت المال ومع عدمهما يجب عتقها قال دام ظله وهل يباع الطفل باسلام ابيه الحر او العبد لغير
مالكه اشكال وباسلام الجد اقوى اشكالا اقول يحتمل الاجبار على البيع في الاول لانه لوله
صار مسلما لقوله عليه السلام كل مولود يولد على الفطرة وانما ابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه
حصر سبب كفر الولد في كفر ابويه لان انما تفيد الحصر فهذا الولد اما ان يكون تابعا لابويه في الاسلام والكفر
اولا وايما كان ثبت المطلوب لبقاء التبعية في الاول وانتفاء السببية في الثاني وبقاء الملك سبيل قطعا وهو
منفي بالاية فيجبر على البيع ويحتمل عدمه لان الالفاظ انما تحمل على الحقيقة عند الاطلاق والنص انما ورد على
بيع عبد الكافر اذا اسلم والتابع في الاسلام ليس مسلما حقيقة بل انما يجري عليه اكثر احكام المسلمين و
المسلم حقيقة انما هو المباشر للاسلام لقوله تعالى انما المؤمنون الذين امنوا بالله ورسوله واذا كانوا
معه على امر جامع لم يذهبوا حتى يستاذنوه وهو انما يصدق في المباشر وانما للحصر ولاصالة بقاء الملك
وانما كون الاشكال في اسلام الجد اقوى فلوجود الاشكال في تبعيته حال حياتهما في الاسلام ثم افتراقهما
في الملك يكون اقوى اشكالا ولاستلزام القول بعدم اجباره مع اسلام الاب القول بعدم اجباره في اسلام
الجد لان تبعيته للجد اضعف ومع القول باجباره مع اسلام الاب ففي اجباره مع اسلام الجد مع وجود الاب
اشكال لان في تبعيته للجد مع وجود الاب اشكالا ومن حيث انه اشرف الطرفين اعني طرف الابوة ومن
حيث استلزامه ترجيح المجاز على الحقيقة مع انتفاء القرينة ولاستلزامه استعمال اللفظ المطلق الخالي عن
القرينة في مجموع الحقيقة والمجاز قال دام ظله فان وكل كافر في شراء مسلم لم يصح على راي اقول
قال الشيخ في المبسوط فيه وجهان احدهما يصح كما لو وكله في شراء عبد اخر باذن سيده والثاني لا يصح لان يد
العبد يد لسيده فايجابه وقبوله باذنه بمنزلة ايجاب سيده وقبوله فاذا كان كذلك واوجب له سيده وقبل
هو صار كان السيد هو الموجب القابل للبيع وذلك لا يصح قال والاول اقوى وقال ابن البراج الاقوى عندي
انه لا يصح الا ان ياذن له سيده في ذلك فان لم ياذن فيه لم يصح اختار المصنف انه يبيع مولاه ضامنه

بالتوكيل قال دام ظله فبيع الفضولي موقوف على الاجازة على رأي اقول هذا اختيار
الشيخ في النهاية والمفيد وابن الجنيد وابن حمزة وقال الشيخ في المبسوط والخلاف يبطل من رأس وتابعه
ابن ادريس احتج الاولون بانه عليه السلام دفع دينارا الى عروة البارقي ليشتري به شاة فاشترى به شاتين
وباع احديهما بدينار وجاء بشاة ودينار فقال النبي صلى الله عليه وآله بارك الله في صفقة يمينك
ووجه الاستدلال انه باع الشاة الثانية من غير اذن النبي عليه السلام ثم انه عليه السلام اجازه احتج
الآخرون بقول النبي صلى الله عليه وآله لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك وبالبطلان مع الاباق لتعذر
التسليم وهو شرط فبيع ما لا ملك فيه ولا قدرة على تسليمه اولى لفقد السببين الشرطين والاقوى عندي
البطلان لقوله عليه السلام لا بيع الا فيما يملك والحقيقة نفي اصل البيع الشرعي فينتفي الصحة واقرب المجازات
نفي الصحة ولانما كان تحقق البطلان ولقبح التصرف في مال الغير بغير اذنه عقلا وان جواز التصرف
بالعقود من توابع الملك وليس بامر منه ومعلول له ولا يجوز وجود التابع الذي ليس بامر بغير متبوعه
وكذا المعلول لا يجوز وجوده بدون العلة قال دام ظله وللمالك تتبع العقود ورعاية
مصلحته ومع علم المشتري اشكال اقول هذه المسألة مبنية على المسألة السابقة ومتفرعة
عليها فعلى بطلان بيع الفضولي من اصله فبيع الغاصب اولى بالبطلان وعلى القول بوقوف بيع الفضولي
على اجازة المالك فالاكثر على انه كذلك في الغاصب مع جهل المشتري اذ الشرط عنده في اعتبار
الصيغة شرعا بالنظر الى الفاعل كونه مكلفا مختارا رشيدا قاصدا لها ولمعناها وزاد بعضهم
عدم مسبوقيتها بنهي المالك لا غير ومعنى اعتبارها صلاحيتها للتأثير بالفعل حين اجتماع الشرائط
واجازة المالك سبب لسببية الصيغة للتأثير بالفعل ويريد هنا تتبع المالك العقود الكثيرة بالنقض
والابطال ورعاية مصلحته ويبنى على ذلك فوائد ربح الغاصب في المال المغصوب هل يكون الربح له او للمالك
فنقول ان كان المشتري جاهلا فللمالك تتبع العقود والابطال ورعاية مصلحته والربح له في سلسلتي
الثمن والمثمن واما ان كان المشتري عالما بالغصب فقال بعض الاصحاب ان المشتري اذا رجع عليه بالسلعة
لا يرجع على الغاصب بالثمن مع وجود عينه فيكون قد ملكه الغاصب مجانا لانه بالتسليم الى الغاصب ليس
للمشتري استعادته من الغاصب بعد اخذ المالك العين المغصوبة بنص الاصحاب فقبله اولى ان لا يكون
للمالك قبل الاجازة لا يملك الثمن لان الحق في الاجازة شرط او سبب فلو لم يكن للغاصب لكان ملكا

بغير المالك وهو محال فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له فاذا انتقل الثمن عن ملكه لم يكن للمالك اخذه
لانه ملك الغاصب وعلى القول بان اجازة المالك كاشفة فاذا اجازه كان له ويحتمل ان يقال للمالك العين حق تعلق
الثمن فان له اجازة البيع واخذ الثمن وحقه مقدم على حق الغاصب لان المشتري دفع للغاصب ونحن انما
احالوا واسقطها عليه وللمالك ايجاد الاحوال له فالتحقيق ان نقول في سلسلة الثمن مع علم
المشتري الاول للمالك اخذ عينه فيفسخ جميع العقود عليها وله اجازة اي العقود اراد فاذا
اجاز عقدا صح ما بعده وبطل ما قبله وكان له ثمنه ان كان المشتري جاهلا او عالما على احد الوجهين
وان فسخ فيبطل جميع العقود بعده في سلسلة الثمن والفرق بينه وبين الثمن انه اذا اجاز عقدا فقد اخرج
الثمن عن ملكه الى ملك المشتري فصحت تصرفاته فيه ودخل الثمن في ملك المجيز فبطل تصرف غيره فيه ولا يصح
عندي انه مع وجود عين الثمن للمشتري ان لم اخذه ومع التلف ليس له الرجوع به قال دام ظله و
الاقرب اشتراط كون العقد له مجيز في الحال فلو باع مال الطفل فبلغ واجاز لم ينفذ على اشكال وكذا لو باع
مال غيره ثم ملكه واجاز اقول هنا مسألتان المسألة الاولى على اشتراط ثبوت المجيز
لعقد الفضولي في الحال يحتمل ذلك ويبتنى على مقدمات آ معنى صحة بيع الفضولي قبل الاجازة امكان
ترتب الاثر عليه امكانا قريبا بمعنى الاقرب للمراتب من مراتب الامكان الاستعدادي لانه عبارة عن اجتماع
الشرائط فاذا بقي من شرائط بيع الفضولي شرط واحد وهو اجازة المالك او وليه وكان حصولها ممكنا امكانا
قريبا ايضا حكم بصحة بيع الفضولي وصلاحيته لانه ترتبت عليه الآثار ب كل ان يمتنع و
قوع الشرط فيه يمتنع وقوع المشروط ج البيع اذا بطل وقت بطلانه انما في حال عدم المجيز يمتنع تأثيره ولا
يتبع الا تأثير لا اثر عليه فلا يحصل معنى الصحة بل معنى البطلان واذا بطل لم يمكن ترتب صحته ويحتمل
عدم الاشتراط لانه لا يشترط اقتران الاجازة بالعقد بل يجوز تأخيرها زمانا طويلا فلا يتم اشتراط انتفاء
تعقبها القريب اعلم ان هذا الفرع بانه على مذهب الاشاعرة فاما على قولنا ففي صورة واحدة وهي بيع مال الطفل
على خلاف مصلحته او الشراء له المسألة الثانية اذا باع مال غيره ثم ملكه يحتمل الصحة لان اجازة المالك جهة
الصحة فمثل المباشرة للملك البائع ولان عقد الفضولي سبب صالح للتأثير عند وجود الشرط وقد تحقق لزوال
المانع وهل يتوقف على اجازته اشكال من حيث ان الرضا الاول لم يكن معتبرا لانه لم يكن مالكا ومن حيث تحقق
شرط اعتباره ويحتمل البطلان لتنافي حكمي تخصيص الشيء واحد بعينه وقد تحقق احد الضدين فينتفي الآخر والتخيير

انه قلنا بصحة بيع الفضولي صح البيع هنا من غير توقف على اجازة البيع قال دام ظله وفي وقت الانتقال
اشكال فتردد النماء اقول على تقدير صحة الفضولي واذا اجازه المالك صح البيع وملك المشتري
فنقول اي وقت يحصل الانتقال الى المشتري يحتمل حال البيع ويحتمل وقت الاجازة ومنشأ الخلاف
ان الاجازة هل هي كاشفة او جزء من السبب او شرط فعلى الاول يحصل الاول وعلى الثاني على الثاني ثم اختلف القائلون
في كونها كاشفة او جزءا او شرطا على قولين احتج القائلون بكونها كاشفة بانه لولاه لزم تأثير المعدوم
في الموجود لان العقد حالها عدم ولان الشرط لا بد وان يكون حال وجود السبب لكن حال عدمه لامتناع تأثير المعدوم
في الامر الوجودي هي واجيب بانه لزم صحة تصرف الغير في ملك غيره بغير اذنه لان قبل الاجازة صحة السبب
وبمعنى صحة السبب ترتب اثره عليه فيكون فعل غير المالك كفعل المالك وهو قبيح عقلا واحتج القائلون
بالثاني بان الاجازة اما سبب او شرط في قبول المحل او في فعل الفاعل والمسبب لا يتقدم على السبب ولا المشروط على
الشرط والاخير هو الاجود ان قلنا بصحة بيع الفضولي ومنعه عندي اشبه ويتفرع النماء فمعنى انه
لو حصل نماء بعد العقد وقبل الاجازة فان قلنا بالانتقال وقت العقد فهو للمشتري والا فهو للبائع قال
دام ظله ولو باع مال ابيه بظن الحيوة وانه فضولي فبان ميتا حينئذ وانه مبيع ملكه فالوجه الصحة اقول
المراد بالصحة هنا اللزوم ووجه الصحة انه تصرف من اهله في محله ويحتمل توقفه على اجازته لانه لم يقصد
البيع اللازم بل موقوف على اجازة متجددة من الاب ومن يقوم مقامه ولنا اعتبار القصد في اصل البيع
ففي الحرى الاولى ويحتمل البطلان لانه انما قصد نقل الملك عن الاب لا عنه ولانه وان كان منجزا في الصورة فهو
في المعنى معلق والتقدير ان مات مورثي فقد بعتك ولانه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده ان المبيع
لغيره قال دام ظله الا ان يكون الثمن باقيا فالاقوى الرجوع به اقول اذا باع الغاصب العين المغصوبة
واقبض العين وقبض الثمن فاخذ المالك المغصوب منه العين فان كان المشتري جاهلا رجع بالثمن اجماعا وان كان عالما
اطلق الاصحاب القول بانه لا يرجع على الغاصب بالثمن واختار المصنف الرجوع مع بقاء العين لانه لم يوجد عقد ناقل
مملكا اذ لم يوجد سوى هذا البيع وهو باطل ولم يوجد سوى ذلك من الاسباب الناقلة فقد وجد عين ماله فهو احق بها
قال دام ظله فان رجع على المشتري الجاهل فرجوعه على البائع بالزيادة على الثمن اشكال اقول ينشأ
من غرور البائع له كما لو قدم طعام المالك الجاهل اليه ومن حصول التلف في يده والتزامه بالضمان اخلاقا لا بالجزء
قال دام ظله ولو باع مالكا للنصف النصف انصرف الى نصيبه خاصة ويحتمل الاشاعة فيقع في نصف

نصيب

نصيب الاجنبي على الاجازة اقول لان الاصل في البيع اللزوم ولهذا حكم عند الاطلاق وعدم العلم بالمانع
وانما يتخلف عنه لعارض معروف ولم يوجد ولانه لو قال بعتك غانما وهو اسم مشترك بين عبده وعبد غيره حمل
على عبده اجماعا وكذا في المتواطئ ووجه الاشاعة ان البيع صالح لملكه وملك غيره ولهذا يقبل التفسير بكل
منهما ولفظ النصف اذا اطلق حمل على الاشاعة ولم يجعل الشارع صحة التصرف قرينة في المجازات والمشتركات
والاقرار يبنى على الاشاعة قطعا لان الاقرار يشترط فيه عدم ملكية المقر به للمقر ولانه اخبار عن النصف
ملك المقر له وهو كما يكون عن ملكه ظاهرا فقد يكون عن ملك غيره ظاهرا قال دام ظله ولو باع اربعين شاة وفيها
الزكوة مع عدم الضمان لم يصح في نصيبه اذ من حصته مجهول على اشكال اقول ينشأ من ان الشاة الواجبة
في الاربعين هل هي واحدة لا بعينها ام في الجميع على سبيل الاشاعة يحتمل الاول لان مع تلف النصاب الا واحدة
مع سبق امكان الاداء او التفريط ياخذها الساعي لا بدلها وعدم ضمان الحيوان بالمثل وتخيير المالك في التعيين فلو
اخرج كانت هي الواجبة لا بدلها اجماعا ولانه مع بيع المالك لو تساوت بعير الساعي انما اخذ كانت هي الواجبة لا
ولا يحتمل الثاني لتعلق كل جزء منها بواحدة من النصاب ولهذا يسقط على المراض والصحاح واذا تلف من النصاب
بغير تفريط سقط بالحساب ولان محل الوجوب اما كل واحد او واحد بعينه او لا بعينه او المجموع والكل باطل
الا الاخير اما الاول فظاهر واما الثالث فلان الوجوب امر معين لا يحل المبهم ولانه غير موجود خارجا
اذ كل موجود خارجا متشخص متعين لا غيره فاما ان يكون كل واحد محلا لوجوب جزء منها او لا والثاني باطل والا
لم يكن المجموع محلا للوجوب بل ذلك واحد ليس محلا لوجوب الشاة والوجوب جزء منها والمجموع هنا ليس الا عبارة
عن شيء مع شيء فقط فتعين الاول وهو المطلوب فعلى الاول يكون الثمن مجهولا اذ الاجزاء تختلف فالثمن يقسط
على قيمة ما ياخذه الساعي وقيمة ما يبقى والذي ياخذه الواحد لا بعينه فقيمته مجهولة لا يتعين الا بعد
تعيينه فيكون ثمن حصته مجهولا بالبيع وعلى الثاني لا يكون مجهولا قال دام ظله ولو اتفق
طرفا العقد مع الاعلام على راي اقول قال الشيخ في المبسوط والخلاف لا يجوز ذلك لهم ولو وكله على ذلك صح
وذهب ابو الصلاح الى الجواز مطلقا والى كراهيته مع عدم الاعلام وذهب ابن الجنيد الى المنع ولم يعتد
الاعلام وعدمه وقال الشيخ في النهاية جميع من يبيع مال غيره يستثني الاب والجد ووصيهما والحاكم
وامينه والوكيل ولا يصح ان يبيع المال الذي في يده من نفسه الا الاثنين الاب والجد ولا يصح لغيرهما وتبعه ابن
ادريس والحق الجواز في ذلك كله ولاتحاد ذين لو صفين لاختلاف الاعتبارين قال دام ظله ويحتمل

التصنيف في الاول فيتخيران اقول اذا باع كل من وكيلي المالك المبيع على شخص آخر غير من باعه الآخر عليه واتفق
العقدان في الزمان فالاقوى بطلان العقدين لتسادهما واستحالة اجتماع الضدين ولا ترجيح من غير مرجح فلا يقع
احدهما على الآخر ولا اقتضاء كل منهما انعزال الآخر فيقتضي كل منهما زوال سببية الآخر فيبطل تأثيره ووجه التنصيف
انه يستحيل تقدم احدهما على الآخر وابطال ثبوت احد المتنافيين بوجود الآخر يستلزم وجوده فلو بطلا لوجدا واثرا
وهو محال لاستلزامه اجتماع العقدين فوجب الجمع التنصيف كالمتداعيين قال دام ظله ولو باعا على شخص وكيل
او على وكيليه دفعة فان اتفق الثمن جنسا وقدرا صح والا فالاقرب البطلان ولو اختلف الخيار فالاقرب مساواته
لاختلاف الثمن اقول هنا مسئلتان آ اذا باعاه على شخص او وكيله دفعة فان اتفق الثمن جنسا وقدرا والخيار
صح البيع لاقتضائهما شيئا واحدا فلا تضاد في الاثر ولا يلزم اجتماع المؤثرين على معلول واحد شخصي لان
الاسباب الشرعية من باب العلامات ولو قلنا بانها اسباب مؤثرة حقيقة كما قاله جمهور المعتزلة فالمؤثر
الكلي لا كل واحد ولا الشخصي الواحد فان اختلفا ثمنا جنسا تضاد التضاد اثريهما فان قلنا بالتنصيف
مع تغاير المشتري فهنا اولى هذا مع اتفاقهما في مصلحة الموكل لو كان احدهما اصلح فهو اولى في الجميع وان اختلف
الثمنان في القدر احتمل مع ما تقدم ثالث وهو وقوعه بالاكثر فانه مع بذل الاكثر لا يجوز بيعه بالاقل ولو نص
الموكل على تجويز بيعه لكل منهما بالاقل مع بذل الاكثر او ساوى الاقل القيمة فالاحتمالان كما تقدم والاصح البطلان
عندي ب لو اختلف الخيار فان كان الخيار للازيد مشتركا بينهما او مختصا بالموكل صح البيع لعدم التضاد
وان اختص للازيد بمن شرطه قال المصنف فالاقوى مساواته لاختلاف الثمن لتضاد اللازمين وتنافي اللازمين فيتنافى
الملزومان ولان الخيار له مدخل في الثمن ويحتمل عدم مساواته لاختلاف الثمن فيطرد القول بالصحة
فيحتمل ثبوت الخيار للازيد لاقتضاء العقد اياه والعقد الآخر لا ينافيه فان عدم الزائد المقتضي له عدم
اشتراطه في عقد صحيح بعينه وكذا عدم الخيار وهو منتف هنا لثبوت العقد المقتضي للازيد فيقتضي
العقد الآخر عدم اقتضائه له لا نفي الزائد ويحتمل ثبوت الاقل لانه الازم العقد انا قد ذكرنا عن الموكل
لانه المتيقن وقد لزمه والاقوى عندي مساواته لاختلاف الثمن الفصل الثالث في العوضين
قال دام ظله ومغايرة المتعاقدين فلو باعه نفسه فالاقرب البطلان وان كان الثمن مؤجلا اقول
شرط المعقود عليه اعني المبيع والثمن المغايرة للمتعاقدين ويذكر فيه مسئلتان احدهما ذكرها هنا وهو انه لا يصح
ان يكون المعقود عليه اعني المملوك الذي ينتقل بالبيع من مالك لمالك احدهما والحجة ان يكون مغايرا للمنتقل

عنه واليه اما مغايرته للمنتقل عنه فقطعية اجماعية فانه لا يعقل انتقال شيء من نفسه الى غيره والنزاع في
العكس وهو انه هل يمكن انتقال مملوك من غيره الى نفسه كما لو باع العبد على نفسه بحيث يكون هو المبيع وهو
المشتري المنتقل اليه الملك فالاكثر على امتناعه قال المحققون لاستحالة اضافة الشيء الى نفسه
بلا اشتراط الاضافة تغاير المتضايفين ولان المملوك لا يصح ان يملك فشرط صحة التملك الحرية وشرط صحة
البيع صحة تملك المشتري فالحرية متقدمة على صحة البيع بالذات فيلزم الدور وقال جماعة من محققين
من الفقهاء انما لم يصح لعدم ملك العبد الثمن وبين انتقال الثمن والمثمن معية ذاتية فالتجأ الآخرون
منهم الى صحته مع كون الثمن مؤجلا فانه لا يستحق الا بعد حريته وهي بالعقد ثابتة فلا استحالة واليه
اشار المصنف بقوله وان كان الثمن مؤجلا وابطل رحمه الله هذا القول بان العلة ما تقدم فلا تمليكه
موقوف على ملكه وملكه على حريته فالدور لازم وقال بعضهم يصح البيع كالكتابة معاوضة مع العبد
برقبته فاذا صحت صح البيع وكلما يعتذرون به فهو هنا ثابت وهذا وجه الاحتمال واجيب
بان الكتابة تقتضي العتق عند الاداء بالمال لا المعاوضة قال دام ظله والاقرب صحة بيعه
من غير اختبار ولا وصف بناء على الاصل من السلامة فان خرج معيبا فله الارش مع التصرف وله الا
الارش او الرد اقول المبيع اذا كان المقصود منه المطعوم والمشروب والمشموم اذا لم يكن
اختباره مؤديا الى افساده هل يصح بيعه من غير اختبار بناء على اصل الصحة اولا اختلف الاصحاب
فيه فقال ابو صالح الحلبي وسلار لا يصح وقال المصنف يصح فان ظهر معيبا تخير المشتري ان لم
يكن قد تصرف بين الرد والارش وان كان تصرف تعين الارش احتج الاولون بانه مجهول
فهو بيع غرر وقد نهي فان العلم بالعلة يستلزم العلم بالمعلول والاصل عدم سبب خارجي مزيل الحكم
الطبيعة فلا غرر والحق عندي اختيار المصنف قال دام ظله والاقرب جواز بيع بيوت مكة
اقول اختلف الفقهاء في جواز بيع بيوت مكة فقال كثير منهم لا يجوز واختلفوا في العلة على قولين آ لانها مسجد
واختاره الشيخ لقوله تعالى سبحان الذي اسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام وكان الاسراء من بيت خديجة
عليها السلام وقيل من شعب ابي طالب وقيل من بيت ام هانئ واجيب بانه مجاز تسمية للشيء باسم
مجاوره والجوار ما يحرم في المسجد فيها ب لانها فتحت عنوة وفيه للفقهاء اقوال احدها انه عليه السلام
جاءها مجاورا واخذها قهرا بغير اختيارهم وهو يقتضي فتحها عنوة وثانيها انه اعطاهم فتح بقتال

مدخل للاجل فيه وبان المؤجل
يستحق الحلول المطالبة لكن يتكرر
حال البيع د م
فانه الكلام م

المبني على منع بيع الغرر احتج الله
بانه معلوم الوصف من حيث الطبع
فان العلم بالعلة م

وثانيها انها لم يفتح عنوة ولقوله تعالى وعدكم الله مغانم كثيرة تأخذونها فعجّل لكم هذه
الى قوله واخرى لم تقدروا عليها فقيل التي عجّل لهم غنائم حنين والتي لم يقدروا عليها غنائم مكة و
المعنى لم يقدروا عليها قهرا وفي قصة فتح مكة انهم طلبوا الامان فعقد النبي عليه السلم لهم الامان فقال
عليه السلم من دخل المسجد فهو امن ومن القى سلاحه فهو امن فاستثنى قوما معينين فقتلهم ولانه عليه السلم لم ينقل
عنه انه قسم مالا ولا اخذ عقارا ولا سبى واختار المصنف هذا الاخير فيقوى كونها فتحت صلحا حقيقة لما
تقدم وكونها فتحت عنوة. ثم قال الاقرب جواز بيع بيوت مكة والتحقيق انه مبني على تفسير المفتوح عنوة و
ليس هذا موضع ذكره لئلا يطول الكلام قال دام ظله وفي اشتراط موت المولى نظر اقول
نص ابن الجنيد على عدم الاشتراط وهو ظاهر من كلام الشيخين وقال بعضهم بالاشتراط والاول
اولى لانها مملوكة والاصل جواز التصرف في الملك بالبيع وغيره خرج المتفق على بيعه مع الولد على الاصل
ولما رواه عمر بن يزيد عن ابي الحسن عليه السلم قال سألته عن ام الولد تباع في الدين قال نعم في ثمن و
قبها وهو ... للضرورة النزاع والا لزم جواز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال دام ظله ويجوز
بيع الجاني وان كان عمدا وعتقه ولا يسقط حق المجني عليه عن رقبته في العمد ويكون في الخطأ التزاما
للفداء فيضمن المولى حينئذ اقل الامرين من قيمته وارش الجناية على راي اقول هذا هو الذي قواه الشيخ
في المبسوط وقال في الخلاف بتعين الفداء بارش الجناية اذا اختار الفداء والاول اقوى عندي قال
دام ظله ولو باع المغصوب وتعذر تسليمه لم يصح ولو قدر المشتري على انتزاعه دون البائع فالاقرب
الجواز اقول منع الشيخ من بيع المغصوب مطلقا فعلى هذا لا يصح هنا وقيل بجوازه اذا لم يكن البائع من
من تسليمه وهو الاصح فعلى هذا لو كان المشتري متمكنا من اخذه لا البائع قال المصنف الاقرب صحة البيع
لوجود المقتضي وهو العقد والقابل لانه مملوك قابل للنقل وانتفاء المانع ويحتمل العدم لاشتراطهم امكان التسليم
من البائع وهو غير متحقق هنا والحق عندي الاول قال دام ظله ويصح بيع الصاع من الصبرة المجهولة
وهل ينزل على الاشاعة فيه نظر اقول اذا باع صاعا من صبرة متساوية الاجزاء كالطعام وهي معلومة
الصيعان صح وهل ينزل على الاشاعة او يكون المبيع صاعا منها قيل بالثاني لانتفاء الغرر وحصول المقصود
من كل واحد ورد بان العقد سبب مؤثر فلابد له من محل معين قابل للتاثير واجيب بان محله ماهية
الصاع وهي كلي كما بعتك احدها فانه لا يصح قطعا مع ان الصاع الكلي صادق على كل واحد وفرق ما بين

ونقض بما لو باع صاعا موصوفا ... على ... الصيعان وقال ... الوحدة

التنزيل

التنزيل لكل واحد مشخصات معينة مشخصة له فاذا باع احدها باعه المشخص المنتشر وفرق ما بين
الكلي باعتبار الماهية المقيدة بالوحدة وبين المشخص المنتشر فلا يعين المبيع هنا بخلاف ثمة والى هذا القول
مال الشيخ رحمه الله وذهب الى الصحة فيما اذا كانت الصبرة مجهولة وعلم دخول المبيع فيها وكانت متساوية
الاجزاء وقال يبقى المبيع ما بقي صاع وذلك لاحتمال الكفارة لنجيزه وقيل بالاول لان الفراغ بعد تكميتها
وهو الشريك على الاشاعة
فاذا اقدرها عشر مرات كان عشرا وهكذا فلا فرق بين ان نقول صاعا او عشرا ولانه لو لم يكن شائعا
لكان المبيع غير معين فلا يكون معلوم العين وهو الغرر فيدخل تحت النهي عن بيع الغرر الذي يدل
على الفساد اجماعا ولان ترجيح احدها بعينه بوقوع البيع عليه ترجيح من غير مرجح ولا بعينه وهو المبهم
وابهام المبيع يبطل قال دام ظله فيثبت للمشتري السلوك من جميع الجوانب وان كان الى شارع او ملك
المشتري على اشكال اقول الاشكال هنا في موضعين آ فيما اذا كانت الى شارع ومنشأه ان
الجواز انما يثبت لتوقف الانتفاع بالارض عليه وهذه الضرورة تندفع بالشارع ولان العادة في
مثلها الدخول من الشارع فينزل عليها ومن ان كل بقعة عند الاحياء محفوفة بالبر للغير ...
لها مجاز اليها قطعا وهو من حقوقها فاما ان لا يثبت في شيء من الجوانب او في الكل او في واحد اما معين او غير
معين والاول باطل اجماعا والثاني اما الاول فظاهر واما الثالث فلاستلزام الترجيح من غير
مرجح واما الرابع فلما ان يجوز للمالك الجواز بكل واحد منهما مع انه ليس لاحد منعه وهذا هو
معنى حقيقة المجاز لها فيكون ثابتا في الكل او في واحد بعينه لا بعينه هو باطل بالاجماع
فكل بقعة لها حق الاستطراق من جميع جهاتها بالقوة عند فقد المالك وبالفعل عند وجوده وانما
يمنع في غير الواحد حق المعين المقارن في الاحياء او البائع او فتح بابه في جهة وسد الباقي واستعماله
حدا والاعراض عن البلق لان استعمال الجميع في المجاز مع فقد المالك حال احياء المجاز في الجميع وعدمه
مع احياء الارض وسلوك واحد احيانا له ومحو الباقي لا مع اسقاطه كالسد للاعراض عنه اذ تملك
الملك يسقط بالازالة فاذا جاء آخر واحيى بعض الجهات تمادى من احياء الارض في محو المجاز والاحياء
متقدم اجماعا فاذا كان الكل لواحد لم يوجد المانع والاصل عدمه فيتحقق المجاز من جميع الجوانب فاذا
باعها الجميع حقوقها دخل المجاز من جميع الجوانب ب ان يتصل بملك المشتري ومنشأه النظر الى العادة
وما قررناه انها الدفاق الدار وهاهنا نفسها مجاز وليس في ملك المشتري قطعا قال دام ظله لو باع

بالعين لو قبضها بالمثل او القيمة يوم القبض وعلى القيم من حين القبض الى حين التلف على الخلاف اقول
الاول قول الشيخ والثاني قول ابن ادريس. سياتي البحث عنه قال دام ظله والقول قوله لو ادعاه
على الكامل اقول اذا شاهد المشتري المبيع قبل البيع بمدة يحتمل فيها التغير صح البيع لاصالة البقاء
وان اختلفا في التغير فاشكال بينا من تعارض اصلي عدم التغير وعدم استيفاء الحق والحق الثاني لان حقوق
بني ادم الواجبة مبنية على الاحتياط التام والقطع ولاصالة بقاء حق المشتري ايضا قال دام ظله
ويجوز بيع الصوف على الظهر منفردا على راي اقول هذا اختيار المفيد وابن ادريس وقال الشيخ
ان لم يضم اليه غيره بطل وان انضم اليه غيره صح وتبعه ابو الصلاح وابن البراج وابو الفتح بن سعيد رحمهم الله
والاقوى عندي الصحة لوجود المقتضي وانتفاء المانع اذ لا يعتبر الوزن هنا كالثمرة على رؤوس
النخل المشاهدة وهي موجودة

٢٢

قال دام ظله ولو قال بعتك الحنطة التي في البيت وهذا الانموذج منها صح ان ادخل الانموذج
لزوم بعض المبيع وان لم يدخل فاشكال ينشأ من كون المبيع غير مرئي ولا موصوف اذ لا يمكن الرجوع اليه
عند الاشكال بان يفقد اقول ذكر المصنف وجها للبطلان ووجه الصحة انه يمكن ضبطه بالوصف
لان مشاهدة اوصافه تفيد العلم اقوى من ذكرها باللفظ قال دام ظله ولو قال بعتك السلعة باربعة
الا ما يساوي واحدا بسعر اليوم قال الشيخ يبطل مطلقا للجهالة والوجه ذلك الا ان يعلما سعر
اليوم ولو قال الا ما يخص واحدا قال يصح في ثلثة ارباعها بجميع الثمن والاقرب عندي البطلان لثبوت
الدور المفضي الى الجهالة فان علماه بالجبرة والمقابلة او غيرهما صح البيع في اربعة اخماسها بجميع الثمن اقول
القول للشيخ في المبسوط في المسئلتين وتبعه ابن البراج ووجه الدور المذكور ان ما يخص الواحد
هو خمس ما استقر عليه البيع بعد الاستثناء لان قسمة ما استقر عليه البيع على اربعة هنا فهو ربع ما
استقر عليه البيع اذا تقرر ذلك فنقول لا تعرف المبيع وهو ما استقر عليه البيع الا بعد معرفة
قدر المستثنى ولا تعرف قدر المستثنى حتى تعرف المبيع وهو دور ... والى هذا اشار بقوله لثبوت
الدور المفضي الى الجهالة ولو عرف كل منهما بالاخر كان دورا محالا وطريق معرفته بالجبر والمقابلة
ان يقول الذي يخص الواحد شيء فالمبيع السلعة الا شيئا في مقابلة اربعة دراهم اجبر السلعة بشيء
وزد على مقابلها مقابله وهو درهم فيكون جميع السلعة في مقابلة خمسة دراهم والذي يخص الواحد

خمسها قوله في المسئلة الاولى والوجه ذلك الا ان يعلما سعر اليوم اعلم ان الاستثناء من بطلان
البيع للجهالة معناه ان علما سعر اليوم لم يبطل للجهالة فان كان الاستثناء مستمرا فاصدق الحكم
ايضا انه لم يبطل للجهالة بل لوجه اخر وليس البحث فيه لان الشيخ لم يتعرض له وان لم يستغرق صح
البيع **المقصد الثالث في انواع البيع وفيه فصول الاول الحيوان** قال دام ظله
والرضاع كالنسب على راي اقول هذا قول الشيخ في النهاية والخلاف واختيار ابن البراج
وابن حمزة والصدوق في باب العتق من كتاب المقنع والمفيد في المقنعة وسلار وابن ادريس وابن ابي
عقيل وابن الجنيد لنا ما رواه عبد الله بن سنان في الصحيح قال سئل ابو عبد الله عليه السلام عن رجل
عن امراة ارضعت غلاما مملوكا لها من لبنها حتى فطمته هل يحل لها بيعه قال لا هو ابنها من الرضاعة
حرم عليها بيعه ولكل ثمنه ثم قال عليه السلام اليس قد قال رسول الله صلى الله عليه واله
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب احتج المانعون بالاصل قال دام ظله وكل حربي قهر
حربيا فباعه صح وان كان اخاه او زوجته او من ينعتق عليه كابنه وابويه على اشكال ينشأ
من دوام القهر المبطل للعتق لو فرض ودوام القرابة الرافعة للملك والتحقيق صرف الشراء الى الاستنقاذ
وثبوت الملك للمشتري بالتسلط وفي لحوق احكام البيع حينئذ نظر اقول القرابة موجبة
للعتق بعد الملك لا قبله ابتداء بالقهر فان ابتداء الملك لا ينافيه القرابة فانه يصح شراؤه الحيا
لكن القرابة توجب العتق بشرط الملك بعده فالقرابة علة فاعلية والملك علة معدة لقبول
المحل اذا عرفت ذلك فالقهر موجب للملك والقرابة توجب العتق في ان بعد ان الملك ثم في الان
الثالث القهر موجود واستدامته كابتدائه فيوجب الملك فيه ثم توجب القرابة العتق في الان
الرابع وهكذا فلا يمكن تحقق البيع هنا لان البيع يلحقه لغيره والعتق لذاته وما بالذات مقدم
على ما بالغير والاصحاب اطلقوا جواز البيع ويرد عليهم ما ذكرناه والتحقيق ان علة الملك وعلة
العتق قد تنافيا وتلازمتا فلا يتحقق صحة البيع هنا والحق ان البيع هنا استنقاذ ابتداء
ومعناه عوض عن يد شرعية في نقل لازم كهذه او ظاهرا او غير شرعية وتفرع على ذلك انه
هل يلحقه احكام البيع من الخيار والارش وغير ذلك يحتمل ذلك لانه بالنسبة الى المشتري
كالبيع والا لزم ضرره وقال عليه السلام لا ضرر ولا اضرار ومن سقاها العلة وهي البيع

قال دام ظله ولو استثنى البايع الراس والجلد فالاقرب بطلان البيع والصحة في
المذبوح اقول في هذه المسألة اقوال ثلثة آ البطلان لانه ان كان حيا فقد استثنى جزءا معينا من
الحيوان فيبقى المبيع اجزاء معينة فلا يصح وان كان مذبوحا فلجهالة المبيع ب قول المصنف
البطلان ان كان الحيوان حيا والصحة ان كان مذبوحا ج الصحة وهو قول كثير من الاصحاب
ثم كثير من هؤلاء اطلقوا القول بالصحة كالمفيد وابي الصلاح وابن ادريس وقال في النهاية
والمبسوط يكون البايع شريكا للمشتري بمقدار ما يقع بقدر قسط قيمة الثنيا وليس بمعتمد قال دام ظله
ولو قال الربح بيننا والخسران عليك فالاقرب بطلان الشرط اقول هذا اختيار ابن ادريس وهو
الحق لان الشركة تقتضي ان ما ربح لهما وما توى منهما فلا يصح اشتراط نقيضه فان كان على سبيل الصلح لزم
وقال الشيخ وابن البراج يصح للاصل وليس بجيد قال دام ظله ولا يقوم بمجرد الوطي اقول اذا وطي
احد الشريكين الجارية قال الشيخ يقوم عليه بنفس الوطي لانه تصرف في معرض الاتلاف والحق ما اختاره المصنف
هنا وهو انما يقوم بالحمل وهو اختيار ابن ادريس وجماعة قال دام ظله ويتخير المشتري اذا تجدد
العيب في الحيوان بعد العقد وقبل القبض في الفسخ والامساك مجانا وبالارش على راي اقول الاول قول الشيخ
في النهاية وقال في الخلاف والمبسوط له اجازة البيع مع الارش وتبعه ابن ادريس على ذلك والمعتمد الثاني وهو
اختيار ابن البراج وابي الصلاح لنا ان المبيع لو تلف كله لكان من ضمان البايع فكذا ابعاضه و
صفاته لان المقتضي لثبوت الضمان في الجميع وهو عدم القبض موجود في الابعاض فيثبت الحكم احتج الشيخ
بان الاصل لزوم البيع وعدم التسلط بالارش وانما اوجبنا له خيار الفسخ لدفع الضرر اللاحق بايجاب القبول فيبقى
الباقي على الاصل والجواب الزامه احدهما بعينه ضرر لان الحاجة ماسة الى المعاوضة والا لم يوجد فالزامه
بجميع الثمن ضرر عظيم لانه دفعه في مقابلة الجميع بصفاته فلا يجب عن البعض قال دام ظله ولو تلف
بعد قبضه في الثلاثة فمن البايع ان لم يحدث المشتري فيه حدثا ولو تجدد فيه عيب من غير جهة المشتري فان كان
في الثلاثة تخير كالاول وفي الارش نظر اقول اذا تجدد عيب في الحيوان المبيع بعد قبض المشتري ولم يتصرف فيه
فللمشتري الرد مجانا اجماعا وهل له طلب الارش من البايع قال المصنف فيه نظر ينشأ من اختلاف الاصحاب
قال المفيد ليس له الارش وقيل له الارش وهو الاقوى عندي لنا انه لو تلف جميعه لكان من مال البايع فكذا
الابعاض اما الاول فاجماعي واما الثاني فلوجوه آ ان الثمن مقسط على الاجزاء والصفات التي فقدها عيبا

لتضمينهم على ان الارش جزء من الثمن ب لو لم يكن ضامنا لكل واحد من الاجزاء لم يكن ضامنا للمجموع
وهو ظاهر لان ضمان المجموع انما هو بضمان الاجزاء ولانه ان لم يكن ضامنا على الاجزاء فالمطلوب والا رجح
بلا مرجح ج جواز الرد من غير دفع المشتري الارش مع عدم ضمان البايع له مما لا يجتمعان والاول ثابت
اجماعا فيبقى الثاني ولانه اذا كان من ضمان المشتري لم يكن له الرد اما مطلقا كما اذا احدث
عيبا او لا مع الارش لانه مضمون قطعا وليس على العين فهو اما على البايع او على المشتري لكن ليس من ضمان
المشتري لما تقدم فهو على البايع ولانه ولهذا ما ان يستحق استعادة جميع الثمن فيكون من ضمان البايع لانتفاء
او ما بعد الارش وهذا معنى ضمان المشتري احتج المفيد بحدوث العيب في ملك المشتري وبيده
ولانه اما ملك للبايع او المشتري فان كان الاول كان مضمونا على المشتري لانه اولى من ضمان المقبوض
بالسوم لان التسلط هنا اقوى واليد اعظم وان كان الثاني كان مضمونا على المشتري لانه لا يعقل
ضمان ملك الغير مع كونه في يد مالكه بسبب حدث في يد مالكه قال دام ظله والحمل للبايع
على راي اقول هذا قول الشيخ في النهاية واختيار المفيد وسلار وابي الصلاح وابن البراج
في الكامل وابن ادريس وقال الشيخ في النهاية اذا باع بهيمة او جارية حاملا واستثنى حملها لم يجز
وتابعه ابن البراج في المهذب وجواهر الفقه وقال ابن حمزة يكون الولد للمبتاع مع الاطلاق الا اذا
شرط البايع وهو اختيار ابن الجنيد لنا عدم دلالة اللفظ عليه باحدى الدلالات لامكان
انفكاكه وللاصل احتج الشيخ بانه بمنزلة عضو من اعضائها والا لم يمكن دخوله في البيع والجواب
المنع من المساواة والنقض بصحة الوصية له والارث وانفراده بديته وغير ذلك من الاحكام قال
دام ظله والعبد لا يملك مطلقا على راي اقول هذا اختيار ابن ادريس وقال الصدوق يملك
وقال الشيخ يملك فاضل الضريبة وارش الجناية وما يملكه المولى لنا انه مملوك محض فلا يكون اهلا
للملك كغيره من المملوكات وقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وقال تعالى ضرب
لكم مثلا من انفسكم هل لكم مما ملكت ايمانكم من شركاء فيما رزقناكم
فانتم فيه سواء الاية وهو توبيخ في صورة الاستفهام احتج الشيخ بما رواه زرارة في الصحيح
عن الباقر عليه السلام قال سالته عن رجل اعتق عبدا وللعبد مال فقال ان كان يعلم ان له مالا والا
فهو له فاضاف مالا اليه بلام التمليك والعتق لا يوجب ملكا لمال السيد الذي في يده ولعدم استلزام

زوال ملك الرقبة وزوال المؤونة والعتق ليس من الأسباب الناقلة للملك من مالك إلى آخر والدخول فيه
في قوله تعالى خلق لكم ما في الأرض جميعا والجواب صدق الإضافة بأدنى ملابسة ويلزم
ثانيا عدم علم المولى في الملك وهو محال لأن العدمي لا يكون مؤثرا في الثبوتي ولو سلمنا فالمراد الانتفاع
لا أنه يصح خلق كل واحد للآخر بضرورة الاجتماع وجميع ما في الأرض من مخلوقاته تعالى لا يخلو من
منفعة أصلية مقصودة عقلا فيتم لفائدة قال دام ظله ولو قال له العبد اشترني
ولك علي كذا لم يلزم على رأي أقول هذا قول ابن إدريس وقال الشيخ في النهاية إن كان للمملوك
في حال ما قال له ذلك مال لزمه وإلا لم يلزم على حال وتبعه ابن البراج لنا أنه يلزم من إيجابه
نفسه لأن المجعول له لا يستحق المجعول إلا بالعمل فلا يستحق إلا بالشراء والشراء يقتضي عدمه
لأن المولى لا يستحق على عبده شيئا ولتوقف الجعل على الملك مع انتفائه عنه ولأنه إما أن يستحق
في ذمة العبد أو في ماله الموجود عند الشرط والأول باطل إجماعا والثاني باطل بالشرط اللازم
بالعقد لرواية محمد بن مسلم الصحيحة عن أحدهما عليهما السلام قال سألته عن رجل ابتاع مملوكا فوجد
له مالا فقال المال للبائع إلا أن يكون شرط عليه ما كان له من مال أو متاع فهو له فلا يسوغ استحقاقه
بجعل العبد وعول الشيخ في ذلك على رواية فضيل قال قال غلام سندي لأبي عبد الله عليه السلام قلت
لمولاي بعني بسبعمائة درهم وأنا أعطيك ثلاثمائة درهم فقال له أبو عبد الله عليه السلام إن كان يوم
شرطت لك مال فعليك أن تعطيه وإن لم يكن يومئذ مال فليس عليك شيء وأقول الجواب
عن هذا بعد تسليم صحة السند إما على قولنا فبعدم استلزام صدق الملازمة صدق المقدم ولأن
التعليق بالشرط بثبوت الشرط وإما على قول الشيخ فلأن البايع لم يقصد نقله إلى المشتري فكان
وكان بمنزلة ما لو استثناه بخلاف المشتري لاستلزام الشرط ثبوت مال للسيد في ذمة عبده
وعدم ملك البايع ولأن البيع شرط في ثبوت مال للبايع في ذمة العبد وصحة معاملته معه والشراء
مناف فافترقا قال دام ظله ولو دفع إلى مأذون مالا ليشتري رقبة ويعتقها ويحج عنه
بالباقي فاشترى أباه ودفع إليه الباقي للحج ثم ادعى كل من مولى الأب والمأذون وورثة
الدافع كون الثمن من ماله فالمروي قول مولى المأذون مع اليمين وعدم البينة ويحمل الرواية بالدفع
إلى مولى الأب عبده كما كان على إنكاره البيع فإن أقام أحدهما بينة حكم له وإن أقام كل من الثلاثة بينة فإن

فإن رجحنا بينة ذي اليد فالحكم كالأول وإلا فالأقرب ترجيح بينة الدافع عملا بمقتضى البيع مع احتمال
تقدم بينة مولى الأب لادعائه ما ينافي الأصل وهو الفساد أقول ما اختاره المصنف هنا هو قول
ابن إدريس وهو الأشبه عندي لأنه صاحب اليد والرواية هي رواية ابن أشيم عن الباقر عليه السلام وقد
سئل عن عبد لقوم مأذون له في التجارة دفع إليه رجل ألف درهم فقال له اشتر بها نسمة وأعتقها
وحج بالباقي ثم مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميت ودفع إليه الباقي يحج
عن الميت فحج عنه فبلغ ذلك موالي أبيه ومواليه وورثة الميت جميعا فاختصموا جميعا في الألف فقال موالي الأب إنما اشتريت
أباك بمالنا وقال الورثة إنما اشتريت أباك بمالنا فقال أبو جعفر عليه السلام أما الحجة فقد مضت بما فيها لا ترد
وأما المعتق فهو رد في الرق لموالي أبيه وأي الفريقين بعد أقاموا بينة أنه اشترى أباه من أموالهم كان لهم
رقا وفي سند هذه الرواية قول وأفتى بها الشيخ الطوسي وابن البراج وفي التأويل المذكور في الكتاب
نظر لمنافاته الرواية قال دام ظله ولو اشترى سرقة من أرض الصلح ردها على البايع واستعاد
الثمن فإن مات ففي وارثه فإن فقد استسعيت والأقرب تسليمها إلى الحاكم من غير سعي أقول الأول قول
الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج والثاني قول ابن إدريس وهو الحق لكون كسب العبد مملوكا لسيده واستحالة
قضاء دين الغاصب من مال المغصوب منه احتج الشيخ برواية مسكين السمان عن الصادق عليه السلام
قال سألته عن رجل اشترى جارية سرقت من أرض الصلح قال فليردها على الذي اشتراها منه ولا يقربها
إن قدر عليه قلت جعلت فداك فإنه قد مات ومات عقبه قال فليستسعها قال والذي أراه المصنف
في المختلف مسكين لا يحضرني الآن حاله قال دام ظله ويكره بعده إن كان عن زنا وفي غيره
إشكال أقول منشأه من إطلاق الأصحاب ووجوب الاستبراء والعدة في غيره والمقصود منها علم براءة
الرحم من الحمل مع علمه وتحققه لا يعقل التحليل والأولى التحريم في غير الزنا مطلقا وفيه قيل أربعة
أشهر وعشرة أيام للنص والكراهة بعده قال دام ظله والتفرقة بين الطفل وأمه قبل الاستغناء
ببلوغ سبع سنين ومدة الرضاع على الخلاف وقيل يحرم أقول القول بالتحريم في النهاية وممن قال
بالأول أبو علي بن الجنيد وشيخنا المفيد وابن البراج وسلار قالوا لا يفرق بين الأطفال وأمهاتهم بالبيع ولم
ينص على التحريم ولا الكراهة واختار المصنف في المختلف الثاني والحق عندي التحريم لما رواه معوية بن عمار
في الحسن قال سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول أتي رسول الله صلى الله عليه وآله بسبي من اليمن فلما بلغوا

الجان نفدت نفقاتهم فباعوا جارية من السبي كانت امها معهم فلما قدموا الى النبي صلى الله عليه وآله
سمع بكاءها فقال ما هذه قالوا يا رسول الله احتجنا الى نفقة فبعنا ابنتها فبعث رسول الله صلى الله
عليه وآله بثمنها واتي بها وقال بيعوهما جميعا او امسكوهما جميعا والامر للوجوب وفي الصحيح عن ابن سنان
قال قال ابو عبد الله عليه السلام في الرجل يشتري الغلام او الجارية وله اخ او اخت او ام بمصر من الامصار قال
لا يخرجه من مصر الى مصر آخر ان كان صغيرا ولا تشتره وان كانت له ام فطابت نفسها ونفسه فاشتره ان
شئت اقول المنع الاول عام ما المنع التحريم والكراهة فلما علق جواز الشراء بطيبة نفسها ونفسه
عرفنا التحريم بدون ذلك لانتفاء المشروط بانتفاء شرطه احتج القائلون بالكراهة بالاصالة وقوله صلى الله عليه
وآله الناس مسلطون على اموالهم قال دام ظله والمرتد وان كان عن فطرة على اشكال اقول يحتمل
عدم الصحة لوجهين آ تحريم اقتنائه فلا يصح الانتفاع شرعا ب انه في حكم الميت ولهذا تبين زوجته
وتعتد عدة الوفاة وتقسم تركته ويحتمل الصحة لانه مملوك اذ الارتداد لا يعتق فيصح بيعه هـ

الفصل الرابع في الثمار قال دام ظله ولا يجوز قبله مطلقا على راي اقول

اختلف علماؤنا في جواز بيع ثمرة النخل قبل ظهورها بعد الاجماع على انه لا يجوز بغير ضميمة ولا سنين فصاعدا
والخلاف في بيعها مع احدهما فقال المصنف لا يجوز مطلقا وهو اختيار ابن ادريس وذهب الصدوق في المقنع
الى الجواز مع بيعها سنتين وقال بعض فقهائنا بالجواز مع الضميمة مطلقا لنا ان البيع انتقال
عين مملوكة والمعدوم ليس كذلك فلا يتحقق فيها ولقول الباقر عليه السلام في حديث ابي الربيع واذا بيع سنتين
او ثلثا فلا باس ببيعه بعد ان يكون فيه شيء من الخضرة احتج ابن بابويه بما رواه يعقوب بن شعيب
في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن شراء النخل فقال كان ابي يكره شراء النخل قبل ان تطلع
ثمرة السنة ولكن سنتين والثلث كان يقول ان لم يحمل في هذه السنة حملت في السنة الاخرى قال يعقوب
وسألته عن الرجل يبتاع النخل والفاكهة قبل ان تطلع فيشتري سنتين او ثلث سنين او اربعا فقال لا بأس
انما يكره شراء سنة واحدة قبل ان تطلع مخافة الآفة حتى تستبين قال دام ظله وهل يشترط
احدهما فيما لم يبد صلاحها قولان اقربهما الجواز الاول اقول هل يشترط في بيع الثمرة بعد
ظهورها وقبل بدو صلاحها الضميمة او بيعها عامين او بشرط القطع اولا اختلف الاصحاب فذهب الشيخ
في النهاية والمبسوط والخلاف الى الاشتراط واختاره الصدوق وابن الجنيد وابو الصلاح وابن حمزة

وسلار وذهب الشيخ في التهذيب والاستبصار الى عدم الاشتراط وكراهة البيع مع الخلو عن احدهما
وبه قال المفيد وسلار في احد قوليه وهو الاصح عندي لنا عموم قوله تعالى واحل الله البيع وقوله
الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولانه مبيع وقع من اهله في محله فكان لازما احتج الشيخ
بما رواه عن ابي الربيع الشامي قال قال ابو عبد الله عليه السلام كان ابو جعفر عليه السلام يقول اذا بيع الحائط فيه
النخل والشجر سنة واحدة فلا يباعن حتى تبلغ ثمرته واذا بيع سنتين او ثلاثا فلا بأس ببيعه بعد ان يكون فيه شيء من
الخضرة والجواب حملها على الاولوية جمعا بين الادلة قال دام ظله اما الشجر فيجوز بيع ثمرها
مع الظهور وحده انعقاد الحب هكذا هو عبارة عن مجرد الظهور او عن بدو الصلاح هنا فالشيخ في المبسوط
على الاول واختاره ابن ادريس وقال بعض الاصحاب اي قال ما نقله الشيخ في المبسوط ونقل ابن ادريس عن بعض الاصحاب
ان بدو الصلاح فيما له ورد انتثار الورد وفي الكرم انعقاد الحصرم وفي غير ذلك الحلاوة ب اشتراط
الزيادة والبحث فيه كما مر في النخل قال دام ظله ولا يجوز قبل ظهورها عاما ولا اثنين على راي
اقول قد ذكرنا الخلاف هنا فيما سبق قال دام ظله ولو اعتاد قوم قطع الثمار قبل انتهاء الصلاح
كقطع الحصرم فالاقرب حمل الاطلاق عليه اقول وجه القرب ان خطاب كل قوم انما يحمل على العرف
الخاص بهم في ذلك البلد ويحتمل عدمه لانه انما يشتري الثمرة للانتفاع التام بها ولا يحصل الا بانتهاء
الصلاح والاقوى عندي هو الاقرب عند المصنف قال دام ظله والاقرب الحاقها بالبائع بعد
اقول وجه القرب انه ملك المشتري فيضمنه كالاجنبي ويحتمل بطلان البيع لعموم النص قال دام ظله
وهل يسري المنع الى ثمر النخل الاقرب ذلك لتطرق الربا على اشكال اقول ينشأ من وجه القرب الذي
ذكره لان مثله مكيل او موزون وكلما كان مثله مكيلا او موزونا كان مكيلا او موزونا ومن
حيث انه ليس مكيلا او موزونا ولانه مما يصح بيعه جزافا مكيلا او موزونا لانه مثل الربوي
نصح بيعه جزافا وهذا يصح بيعه جزافا اي يعتبر معرفة قدره في بيع هذا الربوي قال دام ظله والاصح
عدم اشتراط كون الثمن من غير الثمن اقول هذا قول المفيد والشيخ في الخلاف وقال في المبسوط المحاقلة
بيع السنابل التي انعقد فيها الحب واستد من ذلك السنبل ويجوز بيعه بحب من جنسه على ما روي في
بعض الاخبار والاحوط انه لا يجوز بيعه بحب من جنسه على كل حال لانه لا يؤمن ان يؤدي الى الربا والمزابنة
هي بيع التمر على ما روي بتمر منه فاما ما تمر موضوع على الارض فلا باس والاحوط لا يجوز ذلك مثل ما قلناه

ولا يشترط الزيادة على ذلك اقول الكلام هنا في موضعين آ انعقاد الحب م

وهو اختيار ابن ادريس وقال الشيخ في النهاية بالاشتراط ولابن البراج قولان احدهما في المهذب كقوله
في المبسوط والآخر في الكامل كقوله في النهاية لنا ما رواه الشيخ في الصحيح عن ابان عن عبد الرحمن بن ابي
عبد الله عن ابي عبد الله عليه السلام قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن المحاقلة والمزابنة قلت وما هو
قال ان يشترى حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة احتج الشيخ على قوله في النهاية بالاصل وعموم قوله
تعالى واحل الله البيع وما رواه ابو الصلاح الكناني قال سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول ان رجلا
كان له على رجل خمسة عشر وسقا من تمر وكان له نخل فقال له خذ ما في نخلي بتمرك فابى ان يقبل فاتى النبي صلى الله عليه
وآله فقال يا رسول الله ان لفلان علي خمسة عشر وسقا من تمر وكلمته يأخذ ما في نخلي بتمره فبعث النبي صلى الله
عليه وآله فقال يا فلان خذ ما في نخله بتمرك فقال يا رسول الله لا يفي وابى ان يفعل قال دام ظله وانما
يجوز بيعها على مالك الدار او البستان او مستأجرهما او مشتريهما لبستان على اشكال اقول وجه
الاشكال النظر الى السبب وهو التضرر بتطرق الغير في ملكه والى العموم قال دام ظله ولو اشترى
لقطة من الخضراوات فامتزجت بالمتجدد من غير تميز فالاقرب مع مماكسة البايع ثبوت الخيار للمشتري
بين الفسخ والشركة اقول قال الشيخ في المبسوط ان سلم البايع الجميع اجبر المشتري على القبول والا فسخ الحكم
البيع واطلق وتبعه ابن حمزة والتحقيق انه ان كان قبل القبض ولم يسلطها تخير المشتري بين الفسخ والامضاء
للتعيب بالشركة وبعد تسليم المبيع الواجب قال دام ظله ولا خيار لو وهبه البايع على اشكال اقول
منشأ الاشكال من حيث زوال العيب به قال الشيخ وابن حمزة ومن حيث عدم وجوب قبول الزيادة المنفصلة
قال دام ظله **الفصل الثالث في الصرف** ولو كان له دنانير فامره ان يحولها الى دراهم او بالعكس
بعد المساعرة على جهة التوكيل صح وان تفرقا قبل القبض لان النقدين من شخص واحد على اشكال
اقول هذا قول الشيخ في النهاية لكن لم يعتد بالتوكيل ومنعه ابن ادريس احتج الشيخ
بما رواه في الصحيح عن اسحاق بن عمار قال قلت لابي عبد الله عليه السلام يكون للرجل عندي دراهم فيلقاني
فيقول كيف سعر الوضح اليوم فاقول كذا وكذا فيقول اليس لي عندك كذا وكذا الف درهم وضحا فاقول
نعم فيقول حولها الى دنانير بهذا السعر واثبتها لي عندك فما ترى في هذا فقال لي اذا كان قد استقصيت
له السعر يومئذ فلا باس بذلك فقلت اني لم اوازنه ولم اناقده وانما كان كلام مني ومنه فقال أليس
الدراهم من عندك والدنانير من عندك فقلت بلى فقال لا باس والتحقيق ان يقول هل هذا قضاء ام بيع

فقال

فان كان الاول ففي صحته اشكال من حيث ان القضاء انما هو باداء المال لا بقول مجرد من غير معاملة
مرضية شرعية وان كان الثاني فلا بد فيه من القبض وصحته يتوقف على مقدمات آ انه ليس من باب بيع دين
بدين ب جواز تولي الواحد طرفي العقد ج ان ما في الذمة مقبوض د ان قبض الوكيل قبض الموكل وكلها لا يخلو
عن اشكال والاحتمال الاخير والاقوى عندي انه يصح في قضية خاصة ولا يتعدى الى غيرها قال دام ظله
المطالبة بالبدل وان تفرقا على اشكال ينشأ من استلزام جواز الابدال عدمه لان رده هو دفع تعيين المبيع
فيه وهذا يستلزم استلزام كون المبيع في الماضي والمستقبل لان المبيع واحد فلا يكون قد قبض المبيع قبل
التفرق فيبطل البيع فلا يكون الابدال ومن انه فسخ متجدد والبيع صح بالقبض الاول قال دام ظله وفي
اشتراط اخذ البدل في مجلس الرد اشكال اقول ينشأ من ارتفاع القبض الاول فلو لم يقبض في المجلس
لزم التفرق قبل القبض فيبطل الصرف ومن حيث ان القبض الاول قد صح والفسخ متجدد ومن ان القبض الاول
اما ان يؤثر في صحة البيع اولا والثاني يستلزم بطلان البيع من اصله والاول يستلزم عدم اشتراط قبض البدل
في مجلس الرد والاصح عندي انه يشترط القبض في مجلس الرد قال دام ظله وان اتفق العكس دينارا بدينار
صح وكانت الزيادة في يده امانة ويحتمل ان يكون مضمونة لانه قبضه على انه عوض ماله اقول وجه الاول اصالة
عدم الضمان ولانه لم يقبضها بالبيع ولا بالسوم ولا يجب ضمانه فلا يضمن والاصح عندي الضمان قال
دام ظله لو كان لاحدهما على الآخر دنانير وللآخر على الاول دراهم فتصارفا بما في ذمتهما جاز من غير تقابض
على اشكال منشأه اشتماله على بيع دين بدين اقول ذكر المصنف وجه المنع ووجه الصحة انه لا يقبض
اعظم مما في الذمة والظاهر انه بيع الدين بالدين هو بيع صاحبي الدينين بما في ذمتي المديونين والاصح البطلان
قال ه دام ظله روي جواز ابتياع درهم بدرهم ويشترط صياغة خاتم اقول هذه رواية الحسن بن سعيد
عن محمد بن الفضيل عن ابي الصباح الكناني قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول للصايغ صغ لي هذا
الخاتم وابدل لك درهما طازجا بدرهم غلة قال لا بأس قال دام ظله **المقصد الرابع في انواع البيع**
وفيه فصول الفصل الاول يشتمل على مطالب الاول النقد والنسيئة
بثمنين الناقص في مقابلة الحلول وللزائد في مقابلة الاجل او كثرة على رأي اقول هذا مذهب
الشيخ في المبسوط وسلار وابي الصلاح وابن حمزة وابن ادريس وقال الشيخ في النهاية يكون له اقل الثمنين
في ابعد الاجلين وهو اختيار المفيد وابن الجنيد لنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله انه نهى عن بيعتين

في بيعة ولانه لم يقع على عقد واحد ولا ثمن معين ولانه لو صح لصح البيع بما يختاره المشتري من ثمنين معينين
لكن الثاني باطل فالمقدم مثله والملازمة ظاهرة واحتج المجوزون بما رواه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلم
قال قال امير المؤمنين عليه السلم من باع سلعة وقال ان ثمنها كذا وكذا يدا بيد وكذا وكذا نظرة فخذها
باي ثمن شئت واجعل صفقتها واحدة فليس له الا اقلهما وان كانت نظرة والجواب ان محمد بن قيس
مشترك بين اشخاص منهم من لا يقبل روايته وقد تقرر في الاصول انه اذا اشتبه الراوي يتطرق ثم لم يقبل الرواية
قال دام ظله ولو حل فباعه بغير الجنس جاز مطلقا والاقرب ان الجنس كذلك وقيل يجب المساواة
اقول الاول قول ابن ادريس وجدي ووالدي وهو الحق عندي والثاني قول الشيخ الطوسي
لنا عموم الاية وما رواه عبيد بن زرارة قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن رجل باع طعاما بدراهم الى اجل فلما
بلغ الاجل تقاضاه فقال ليس عندي دراهم خذ مني طعاما قال لا بأس به انما له دراهمه يأخذ بها ما شاء احتج
الشيخ بما رواه خالد بن الحجاج قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن رجل بعته طعاما بتأخير الى اجل مسمى فلما جاء الاجل
اخذته بدراهم فقال ليس عندي دراهم لكن عندي طعام فاشتره مني فقال لا تشتره فانه لا خير فيه والجواب
المنع من صحة السند لانه رواه عن السراة مطلقا وكما بينا وان النهي لا لازيد ولا نقص فكذا المساوي وهو لا يقول
به سلمنا لكن يمنع من ذلك لانه على التحريم سلمنا لكنه مختص بالطعام فلا يعم قال دام ظله ولو شرطان
لا يبيع الا لم يأت به فهل في صحة البيع نظر اقول ينشأ من انه علق البيع على عدم فلم يصح كما لو علقه بقدوم
زيد وامتناع اقتضاء صحة الشيء بطلانه ولان البيع يقتضي انتقاله الى المشتري ولا تقتضي عوده الى البائع
وفرق بينه وبين الخيار في الفسخ لامكان انفكاك اللزوم عن الصحة وهو ظاهر ويمنع انفكاك الصحة عن نفسها
ومن انه في الحقيقة راجع الى شرط الخيار وذلك لان دفع المشتري الثمن وعدمه من افعال المشتري الاختيارية
فبطلان البيع على تقدير احدهما وصحته على تقدير الاخر يجري مجرى المشتري في فعل المضي والفاسخ وهذا معنى
شرط الخيار وافساخه على تقدير فعل الفاسخ امر معتبر في صحة شرط الخيار فلا يكون سببا لبطلان
البيع كما لو قال له لك الخيار في الفسخ والامضاء فاذا فسخت انفسخ ولا فرق في الفاسخ بين اللفظ وغيره
من افعال صاحب الخيار ولان انتظام النوع بالاجتماع ليفرغ كل الاجزاء لذي يحتاج وهو انما يتم بالمعاوضة
فاقتضت الحكمة الالهية شرع المعاوضة ليصل الى كل منهما ما يحتاج اليه بالمعاوضة فاذا لم يحصل
لم يصح المعاوضة فجاز اشتراط البطلان بناء على تقدير عدمه قال دام ظله فان قلنا بابطال الشرط على اشكال

اقول

اقول ينشأ من انه كاشتراط الخيار ولان الحكمة في شرع المعاوضة ان يصل كل واحد الى ما له بمقتضى المعاو
ضة فاذا لم يحصل ذلك انتفت الغاية من شرع عقد المعاوضة فلا يمنع ومن انه لا يمكن ان يكون الشيء علة
في عدم نفسه فلا يصح ان يكون العقد علة في بطلانه والاصح عندي بطلان العقد والشرط قال دام ظله
والثاني في السلف والاقرب انعقاد البيع بلفظ السلم اقول وجه القرب انه نوع من البيع اعتبره
الشارع في نقل الملك فجاز استعماله في الجنس مجازا تابعا للقصد ولان السلم صالح لتمليك الامر النصيص عليه
فتمليكه اولى وفيه منع ولصحة نقل الماهية من حيث هي انما عا فيصح افرادها لا لان تتحقق الا بنافيه ولانه ابعد من
الغرر لانها مشاهدة يحصل العلم اكثر من الوصف والحلول يحقق معه امكان التسليم فلا يشاع بخلاف الاجل فكان
اولى بالصحة ويحتمل عدم الصحة لان الملك نما يستعمل بما وضعه الشارع ناقلا ونص عليه ولم يجعل الشارع هذا
ناقلا في مثل هذه الصورة وقال الشيخ في النهاية والخلاف لا يصح الا بذكر الاجل فهنا مسألة وهو انه اذا باع
عينا موصوفة بصفات السلم في الذمة حالا ولم يذكرها المصنف هنا لان صحة بيع عين مشخصة يقتضي صحة بيع
الماهية بالوصف بل هو اولى لانه اقرب لانه تخالف السلم بالاجل لا غير قال دام ظله وكذا لو لم يعين
بالثمن او على ان لا ثمن عليك فقال قبلت ففي انعقاده هبة نظر ينشأ من الالتفات الى المعنى والاخلال باللفظ وهل
يكون مضمونا على القابض اشكال ينشأ من كونه بيعا فاسدا فيضمن ومن دلالة لفظه على اسقاطه اقول
منشأ النظر النظر الى المعنى واللفظ ومنشأ الاشكال انه ابراه منه بقوله بلا عوض ومن انه مقبوض بالبيع
الفاسد قال دام ظله والاقرب جوازه في اللآلي الصغار مع ضبط وزنها ووصفها الكبار اقول قال
الشيخ لا يصح للعزة والاصح الصحة قال دام ظله والاردى على اشكال ينشأ من عدم ضبطه ووجوب
قبض الجيد لانه ضمنه عند العقد الى آخره اقول قال بعضهم يصح لانه ان اتى بالردي وجب قبوله
لانه الجيد الاردى وان اتى بالجيد بالاردى وجب قبوله والاصح انه لا يصح لانه غير منضبط والمبيع يجب ان
يكون منضبطا قال دام ظله وفي شاة ذات ولد او جارية كذلك نظر اقول المراد انه
ان يكون الولد منفصلا غير حمل وقد اختلف فيه فقال الشيخ في المبسوط لا يجوز لعدم امكان ضبطها مع ولدها بالوصف
لانها ربما لم يلد كذلك ولان وجوده نادر او لوجه الصحة العلية وجوده وامكان ضبطه وصفه قال
دام ظله او حاملا على اشكال ينشأ من الحمل الحمل اقول قال الشيخ وابن الجنيد لا يصح لانه مجهول لا يمكن ضبطه
بالاوصاف ولانه لا يجب على المشتري القبض الا فيما تحقق انه ما وقع عليه العقد ولا شك ان الحمل لا يعلم انه تعدا لو صح

قال م

لا ثمن ام

فيخرج عن المشترط قال المصنف في المختلف الجواز لان الحمل تابع ولصحة بيعه تبعا نقدا قال دام ظله
والاقرب جواز اشتراط ما لا يعم وجوده وان كان استقصاه كالثمن والجعودة اقول لما علم حاجات
الخلق عن التكليف بالمحال واقتضت حكمته تعالى لعدم خرق العادات غالبا بحرمة ما يرد على العبد من تناقض
الارادات بطل التسليم فيما يؤدي الى احدهما قطعا وما تحدد اداؤه الى احدهما يتحدد بطلانه فظهر من ذلك
ان ما يعم وجوده لا يصح السلم فيه وبقي ما لا يعم لكن وجوده اولى في الاغلب لا استقصاء الصفات فالاقرب الصحة
لعدم استلزام المحال مع امكانه في نفسه وجواز ثبوته في الذمة ولوجود المقتضي وهو عقد البيع لعموم قوله تعالى واحل الله
البيع وانتفاء المانع وهو عزة الوجود ويحتمل البطلان تنزيلا للاغلب على الدائم بل الاشكال لان السبب لا بد
فيه من الترجيح ووجوب التسليم هنا مرجوح لانه حرج وقال تعالى ما جعل عليكم في الدين من حرج واذا
لم يحصل في البيع مرجح وجوب التسليم لم يكن سببا فيه فلا يصح قال دام ظله فان شرط مدرع
الحبلة والاكثار لم يجز مع الاطلاق كالثمر بنوا على اشكال اقول يحتمل وجوها ثلثة آ ما ذكره
المصنف لما ذكره ب ان يكون له مستودع الحبل لعدم دخوله في الحقيقة ج الرجوع الى العادة في بذل مثل هذا
الثمن ووجهه ظاهر قال دام ظله ويذكر في الصوف البلد واللون والطول والقصر والزمان
وفي اشتراط الذكورة او الانوثة نظر اقول منشاه من تفاوت الاغراض باختلافه وعدمه واعلم
ان كل صفة يختلف الثمن بها ولا يؤدي ذكرها الى عزة الوجود كالعزة والاقلية على راي سبق وجب ذكره وما
عدم احدهما فيها لا يجب ذكره وهذا لا اشكال فيه وكل صفة ظهر للفقيه اجتماع هذين الامرين
فيها حكم باشتراط ذكرها وكلما ظهر له فقد احدهما فيها حكم بعدم اشتراطها وان شك في احد الامرين
استشكل المسئلة وهذا هو الضابط الكلي في هذا المقام قال دام ظله الصفات ان لم تكن مشهورة
عند الناس لعدم معرفتها كالاعور او العقاقير او الغرابة لفظها فلا بد ان يعرفها المتعاقدان وغيرهما
وهل يعتبر الاستفاضة ام يكفي معرفة عدلين الاقرب الثاني اقول وجه القرب ان العقد يعتبر في صحته
علم المتعاقدين وقد حصل والنزاع ينقطع بشهادة الشاهدين ومع عدم جعلها الشارع ضابطا كلية لثبوت
الحكم ومن ان العقود وضعت للدوام وقطع النزاع وشهادة العدلين لا يقطع النزاع لجواز موتهما فاعتبرت
الاستفاضة قال دام ظله وفي جواز تقدير المكيل بالوزن وما بالعكس نظر اقول منشاه
حصول التقدير وانتفاء الغرر بكل منهما او ان الاصل في المكيل والموزون كل واحد منهما اصل لتفاوت القدر لحدهما

مع تعذره بالاخر قال دام ظله ولو احاله بالثمن فقبضه البايع من المحال عليه في المجلس فالاقوى
عندي الصحة اقول وجه القوة حصول القبض قبل التفرق وقيل لا لان الحوالة معاوضة
فلا يصح على ثمن المسلم قبل قبضه والاقوى الصحة قال دام ظله ولو جعل الثمن في العقد ما في ذمة
البايع بطل لانه بيع دين بدين على اشكال اقول منشاه انما في الذمة مقبوض او دين والشيخ
الطوسي ذهب الى البطلان قال دام ظله ولو لم يعينه ثم حاسبه بعد العقد من دينه عليه فالوجه الجواز
اقول وجهه الاصل وانتفاء المانع وقيل لا يجوز لاشتماله على بيع دين بدين قال دام ظله ولو اجل الى النفر
الحجيج احتمل البطلان والحمل على الاول وكذا الى ربيع وجمادى اقول وجه الاول تردد المحل بين النفرين
لاطلاق اللفظ عليهما بالتواطؤ ووجه الثاني تحقق الاسم به والنص الاصحاب على حمل ربيع وجمادى على الاول
قال دام ظله فان عقد في خلاله اعتبرت الشهور بعده بالاهلة ثم المنكسر ثلثين على راي ويحتمل
انكسار الجميع بكسر الاول فيعتبر الكل بالعدد اقول القول للشيخ الطوسي رحمه الله ووجه
الاول ان الشهر المعتبر في الشرع هو الهلالي الا ان في الشهر المنكسر لا بد من الرجوع الى العدد للاشتباه
الاجل عن العقد مع الاطلاق وتعذر ذلك فيه ووجه الثاني ان الشهر الثاني لا يعقل دخوله الا بعد
الانقضاء الاول فالايام الباقية اما ان لا يحسب من احدهما او من الثاني وكلاهما محال او من الاول
فلا يعقل دخول الثاني حتى يتم الاول فيتم بعدد من الثاني فينكسر الثاني وهكذا والحق الاول
فانه اذا كان الاجل ثلثة اشهر مثلا بعد مضي شهرين هلاليين وثلاثين من الاول والاخير يصدق انه قد
مضى ثلثة اشهر فيحل الاجل والا كان ازيد من المشترط ولانه عند مضي الشهر الثاني فصل هلالين يصدق
انه مضى شهر ونصف هذا انما يستعمله اهل العرف وحقيقته قال دام ظله ولو قال محله في الجمعة او في
رمضان فالاقرب البطلان اقول لانه جعله ظرفا وكل جزء منه صالح له فلم يعين الاجل وقال
الشيخ رحمه الله يصح ويحل باول اليوم والشهر وكذا لو قال في سنة كذا كما لو قال الى ربيع والاقرب عندي
البطلان قال دام ظله ولو قال الى اول الشهر او آخره احتمل البطلان لانه يعبر به عن جميع النصف
النصف الاول والنصف الاخير والصحة فيحمل على الجزء الاول اقول اذا قال الى اول الشهر او آخره يحتمل
البطلان لانه عبر عن الغاية بلفظ مشترك ولا قرينة فلم يعين محل الحول لان اللفظ المشترك هنا لا يمكن
حمله على المجموع وكل واحد بعينه لا يفهم من اطلاق اللفظ لاستوائهما ولا قرينة هنا فرجح

احدهما ترجيح من غير مرجح ويحتمل الصحة لان كلما اجل الى سنة يحمل على الاول كربيع وجمادى قال
دام ظله والاقرب اشتراط الاجل فيصح السلم الحال لكن يصرح بالحلول المصنف هنا لنا وجوه آ الاجل ٦٢٩
ضرب من الغرر فاذا جاز معه فمع انتفائه اولى ب الاجل من زوائد العقد لانفكاكه عنه بالموت فلم يكن
شرطا كالخيار والرهن ج صحوا باجماع الفرقة ولم يثبت عندهم نفي الشارع عنه فلا يبطل لتغير الملك
لما تقدم ولما رواه ابن عباس عن النبي عليه السلم انه قال فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم واجل
معلوم وروى الى اجل معلوم وهذا الامر انما للوجوب لقلاد عادى البيان ولاخراجه اياه عن اسمه معنا
وانما قال لكن يصرح بالحلول اشارة الى انه لو اطلق لفظ السلم ولم يذكر الاجل لم يحمل على الحال وان صح
لو صرح لانه مجاز ولا يحمل اللفظ هنا على المجاز الا مع التصريح فيبطل العقد بدونه قال دام ظله
ولو احتاج تحصيله الى مشقة شديدة كالسلم في وقت الباكورة في قدر كثير فالاقرب الصحة اقول
وجه الصحة وجود المقتضي وانتفاء المانع ويحتمل العدم لانه قد يتعذر قال دام ظله ولو عين
البلد قبل المحل احتمل تخير المشتري وتاخيره اقول وجه الاول اشتراط امكان التسليم في المحل امكانا
بحسب العادة في صحة العقد فاذا بان انتفاؤه فسخ ووجه الثاني ان المقتضي للعجز عند المحل وهو لا يحصل
الا بحصول المحل قال دام ظله ولا يشترط ذكر موضع التسليم على اشكال اقول يحتمل عدم الاشتراط
لبعض الاصحاب على انصراف الاطلاق الى موضع العقد لانه دين فلا يشترط ذكر موضع التسليم كالقرض
ويحتمل الاشتراط لتفاوت الاغراض باختلافها وهو اعم من موضع العقد فيقوى لما تنفسد بكل منهما
ولانتفاء الدلالات الثلاث قال دام ظله ولو كانا في برية او بلد غربة وقصدهما مفارقته قبل
الحلول فالاقرب عندي وجوب تعيين المكان اقول وجه القرب قصدهما غير موضع العقد ولا ترجيح
لغيره مع تفاوت الاغراض بسببه ويحتمل عدمه لما تقدم قال دام ظله ولو اتفقا على ان يعطيه اردى
منه واذ يدفان كان ربويا لم يجز على اشكال اقول منشاؤه شمول تحريم الربا سائر المعاوضات لا
والاقوى عندي العموم قال دام ظله ولو اختلفا في اشتراط الاجل فالاقرب ان القول قول مدعيه
ان كان العقد بلفظ السلم على اشكال اقول منشاؤه اصالة عدم الاشتراط والنظر الى حقيقة
اللفظ وتقديم قول مدعي الصحة مطلقا او على ما اذا اشتمل على زائد قال دام ظله وعلى قولنا
بصحة الحال فالاشكال اقوى اقول وجه القوة ان الصحة وصرف اللفظ الى حقيقته يكون اولى

واسلم

واصالة عدم الاشتراط اقوى هنا لانه كان في قرينة صرف اللفظ الى مجازه وتقدم قول مدعيه
هنا ارجح فالاشكال اي عدم الترجيح في الطرف الاخر اقوى قال دام ظله ولو اسلم نصراني الى
نصراني في خمر فاسلم احدهما قبل القبض بطل وللمشتري اخذ دراهمه ويحتمل السقوط والقيمة عند مستحليه
اقول وجه الاول تعذر تسليم ما اسلم فيه ووجه الثاني انه بالسلم ملك الخمر في ذمته والاسلام
يسقط من ذمة المسلم الخمر بعد الاتلاف فاسلامه اتلاف له حقيقة قال المصنف وهذا الوجه اعني الثالث
انما هو فيما اذا اسلم من عليه لا من هو له لان وجوب القيمة له تابع لوجوب الاصل ويحتمل مطلقا كالمهر
قال والصحيح الاول وهو اختياره فيما اذا اسلم من هو عليه اما لو اسلم من هو له سقط قال
دام ظله ولو بذل مع عدم التعيين وان تفرقا على اشكال اقول منشاؤه ما تقدم من انه هل هو
دفع القبض من اصله او فسخ للقبض متجدد فعلى الاول لا يلزم بثبوت الابدال عدمه فيتخير وعلى الثاني
يصح لعدم استلزامه المحال وعدم وجوب الصبر على العيب قال دام ظله

الفصل الثاني

في المرابحة وتوابعها ويكره قبله ان كان مكيلا او موزونا على رأي اقول ما اختاره هنا
مذهب الشيخ في النهاية والمفيد وذهب في المبسوط الى تحريم بيع الطعام قبل قبضه الطعام قبل
قبضه وفي مواضع اخر اذا كان الثمن معينا يجوز بيعه قبل قبضه ما لم يكن صرفا وذهب ابن ابي
عقيل الى بطلان بيع ما يكال او يوزن قبل قبضه وجواز ما عداه واختاره ابن البراج في المهذب وقع في المبسوط
وفي الكامل قوله في النهاية ومنع ابن حمزة من بيع الطعام قبل القبض سواء كان مبيعا او قرضا وغيره
الطعام جوز بيعه قبل القبض على كل حال الا ان يكون سلفا فانه منع من بيعه قبل قبضه الا من
المسلف اليه وروى الصدوق في حديث انه لا بأس ان يشتري الطعام قبل ان يقبضه ويوكل المشتري
بقبضه وروى في كتاب من لا يحضره الفقيه عن منصور بن حازم عن الصادق عليه السلم قال اذا اشتريت
متاعا فيه كيل او وزن فلا تبعه حتى تقبضه الا ان توليه وان لم يكن فيه كيل او وزن فبعه
يعني ان يوكل المشتري بقبضه وقال ابن الصلاح يصح بيع ما استحق تسليمه قبل قبضه و
بثبوت قبض الثاني عن الاول والحلول لنا عموم قوله تعالى واحل الله البيع احتج المانع برواية
الحلبي الصحيحة عن الصادق عليه السلم في الرجل ابتاع الطعام ثم يبيعه قبل ان يكتاله قال لا يصلح
له ذلك وفي الصحيح عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن ابي عبد الله عليه السلم عن الرجل اشترى الطعام ايصلح بيعه

ويجوز بيع ما عدا قبل قبضه وقال الشيخ في موضع من الخلاف ويجوز بيع ما عدا الطعام قبل قبضه م

قبل ان يقبضه قال اذا اربح لم يصلح حتى يقبض وان كان تولية فلا باس والجواب الحمل على
الكراهية جمعا بين الادلة قال دام ظله وهل يسقط الخيار بالتلف فيه نظر اقول منشاؤه
من ان الرد يتحقق مع بقاء العين ومن قيام القيمة مقامها **الفصل الثالث** في الربا وفيه مطلبان
الاول في محله قال دام ظله ويكره بيع احد المتجانسين بالآخر نسيئة وان تساويا قدرا اذا اخذهما
احد التقديرين على راي اقول الثمن والمثمن اذا اختلفا في الجنس وكانا ربويين فان كان احدهما
خاصة من الاثمان صح اجماعا نقدا ونسيئة والا جاز البيع نقدا مع تساوي التقدير واختلافه وهل
يجوز نسيئة البحث فيه في مقامين آ ان يتحد القدر وفيه قولان احدهما لا يجوز للاختلاف حكما ولهذا
يثبت الربا مع اتحاد الجنس فلا يصح لقوله عليه السلم انما الربا في النسيئة وثانيهما يكره
وهو اختيار المصنف وهو الاقرب عندي للاصل ولما روي شايعا عنه عليه السلم انه قال اذا
اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم ب ان يختلف القدر وفيه قولان قال الشيخ في المبسوط يجوز وهو قول
ابن حمزة وقال المفيد وسلار وابن البراج لا يجوز ونص ابن ابي عقيل على التحريم وكذا ابن الجنيد وقال
في المبسوط بالكراهة وهو قول ابن ادريس وهو الاقوى عند المصنف وعندي لما تقدم احتج
المانع بالحديث المتقدم وبما رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلم انه قال ما كان
من طعام مختلف او متاع او شيء من الاشياء متفاضل فلا باس ببيعه مثلين بمثل يدا بيد فاما نظرة
فانه لا يصلح والجواب عن الاول انه شرط الرضا باتحاد الجنس وعن الثاني ان قوله لا يصلح
محمول على الكراهية جمعا بين الادلة ولانه يصلح للتحريم والكراهة والاصل عدم التحريم فتعينت
الكراهة قال دام ظله والحنطة والشعير هنا جنس واحد على راي اقول هذا مذهب
الشيخين وسلار وابي الصلاح وابن البراج وابن حمزة ورواه الصدوق في من لا يحضره الفقيه
وقال ابن الجنيد وابن ابي عقيل انهما نوعان وهو اختيار ابن ادريس احتج الاولون برواية الحلبي
الصحيحة عن الصادق عليه السلم قال لا يباع الشعير بالحنطة الا واحدا بواحد احتج
الآخرون بعموم قوله عليه السلم اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم والحنطة والشعير جنسان
لاختلافهما صورة وشكلا ولونا وطعما وطبعا وادراكا والجواب الخاص يقدم على
العام مع تقدم العام تاريخا او مقارنته او جهل التاريخ قال دام ظله والحمام جنس على

اشكال اقول منشاؤه من انه يشمله اسم واحد خاص ومن اختصاص كل باسم والتحقيق ان الورشان
وغيره هل هي اصناف لنوع الحمام او هي انواع وهو جنس ولا ريب ان الوقوف على الاجناس والانواع
والفصول متعسر قال دام ظله وان اختلف البلدان فلكل بلد حكم نفسه على راي اقول اختيار
المصنف هنا هو اختياره في المختلف وهو مذهب الشيخ في المبسوط وابن البراج وقال الشيخ في النهاية
يغلب جانب التحريم ولم يعتبر العرف وقال المفيد رحمه الله انه يحكم للاغلب فان تساويا غلب جانب التحريم
احتج المصنف بان الخطاب الشرعي يحمل على المعهود في زمن النبي صلى الله عليه وآله ومع فقده على
الحقيقة العرفية عند كل قوم بحسب اصطلاحهم ولان الاصل عدم التحريم والاقوى عندي انه يغلب
جانب التحريم للاحتياط قال دام ظله ولو كان لشيء حكم الجنس الواحد واختلفا في التقدير كالحنطة
المقدرة بالكيل والدقيق المقدر بالوزن احتمل تحريم البيع بالكيل او الوزن للاختلاف قدرا و
تسويغه بالوزن اقول الاول قول الشيخ في باب السلم من المبسوط والثاني قوله ايضا في موضع آخر من
المبسوط انه قال فيه الاحوط ان يباع بعضه ببعض وزنا مثلا بمثل لان الكيل يؤدي الى التفاضل
لان الدقيق اخف وزنا من الحنطة ومتى كان احدهما يباع وزنا والآخر كيلا فلا يباع احدهما بصاحبه
الا وزنا لزوال التفاضل وكذا قال ابن البراج واختيار شيخنا المصنف في المختلف انه يجوز بيع الحنطة
بالدقيق كيلا ولا يجوز وزنا لانه لا اعتبار بالتفاوت بالميزان في المكيل لرواية زرارة عن الباقر
عليه السلم في الصحيح قال الدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلا بمثل لا باس به وانما يتحقق
المماثلة بالتساوي في المقدار الذي جعله الشارع معيارا لهما وهو الكيل وان اختلفا في غيره مما
لم يجعله معيارا وقول الشيخ ان الاحوط الوزن لان الدقيق اخف من الحنطة ليس بجيد لانه من حيث
الجنسية كان الاحوط الكيل اذا تساويا ويخالفا الوزن يقتضي التفاضل فيما جعله الشارع معيارا
لهما وهو الكيل الذي نهى عنه وتساويهما في الكيل يقتضي تماثلهما فيما جعله الشارع
معيارا لهما وان اختلفا فيما سواه وعندي في هذه المسألة تردد قال دام ظله ولو اشتمل احد العوضين
على جنسين ربويين صح بيعهما باحدهما مع الزيادة كمد ودرهم بمدين او درهمين فان تلف الدرهم المعين
او استحق احتمل الابطال في الجميع وفي المخالف والتقسيط اقول وجه الاول ان العقد يقتضي التقسيط
بالجميع فيلزم الربا ولان سبب الصحة هو المجموع من حيث هو مجموع فاذا تلف الدرهم المعين عدم المجموع

وإذا عدم سبب الصحة عدمت ووجه الثاني أنه لا بد من صحة البيع ونص الأصحاب على مقابلة المخالف بالمخالف
وإنما يبطل في المقابل ووجه الثالث استحالة الترجيح من غير مرجح ولا مرجح هاهنا فإنا إذا فرضنا أن كل
مد يساوي درهما كان جعل هذا الدرهم ونصفه في مقابلة الدراهم ونصفه في مقابلة الأمداد لتفاوتهما
فالذي يقابل نصفه من الدراهم نصف درهم لتساويهما والمد ونصفه يقابل الأمداد ونصفه يقابل الدراهم
لتساويهما فالذي يقابل نصف الدرهم من الأمداد مد ونصف والذي يقابل الدرهم المعين من الدرهم الآخر نصف درهم
ومد ونصف فيبطل البيع في ذلك والذي يقابل المد من المدين نصف مد ومن الدراهم درهم ونصف فيصح البيع
في ذلك فلا ربا قال دام ظله ولا يجوز بيع اللحم بالحيوان إن تماثلا جنسا على إشكال أقول ذهب الشيخ
في النهاية والخلاف وفي المبسوط وابن البراج وابن حمزة وابن الجنيد إلى التحريم واختاره المصنف في المختلف
لرواية غياث بن إبراهيم الموثق عن الصادق عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام كره بيع اللحم بالحيوان وذهب
ابن إدريس إلى الإباحة لوجود المقتضي وهو قوله تعالى وأحل الله البيع وانتفاء المانع إذ ليس إلا الربا اتفاقا
وكلاهما منتف هاهنا فيه فهو مكيل أو موزون ولا شيء من الحيوان الحي بموزون قال دام ظله ويثبت
بين المسلم والذمي على رأي أقول هذا مذهب الشيخ وابن إدريس وابن البراج والظاهر من كلام ابن حمزة
وقال المفيد والمرتضى وابنا بابويه لا يثبت احتج الشيخ بعموم النهي عن تحريم الربا ولأن أموال أهل الذمة
معصومة وادعى السيد الإجماع على مذهبه واحتج السيد أيضا برواية ابن الصدوق عن الصادق عليه السلام
قال ليس بين المسلم والذمي ربا ومنع الإجماع والرواية محمولة على الخارج عن الذمة قال دام ظله ويجب
على من أخذ الربا رده إلى المالك إن عرفه أو إلى ورثته إن فقده ويتصدق به عنه إن جهل سواء استعمله مع علم
التحريم أو جهله على رأي أقول ذهب الشيخ في النهاية إلى عدم وجوب الرد مع الجهل واختاره الصدوق في
المقنع وقال ابن إدريس يجب رد المال وهو الصحيح لنا قوله تعالى فإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم ولأنها معاوضة
باطلة وقال تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وانفق الكل على العموم واحتج الشيخ
بقوله تعالى فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف والجواب المراد سقوط الذنب عنهم بالتوبة
بشرائطها ومن الشرائط أداء المال لعموم كفه وليس المراد سقوط المال المقصد الخامس في لواحق البيع وفيه
فصلان الأول في الخيار وفيه مطلبان الأول في أقسامه وهو سبعة الأول خيار
المجلس قال دام ظله ولو قال له اختر فسكت فخيارهما باق على رأي أقول هذا قول الشيخ في الخلاف

لا ربا [illegible]

والمبسوط وقيل يسقط لنا عموم قوله عليه السلام البيعان بالخيار ما لم يفترقا ولأنه خيره فلم يختر فلم يؤثر
احتج الآخرون بما روي عن النبي عليه السلام أنه قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقول أحدهما لصاحبه
اختر ولأنه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار فسقط خياره والجواب المنع من صحة السند والأقوى عندي
عدم السقوط قال دام ظله وخيار العاقد عن اثنين باق لبينهما ما لم يشترط سقوطه أو يلتزم
به عنهما بعد العقد أو يفارق المجلس على قول ويحتمل سقوطه بالجناية وثبوته دائما ما لم يسقط بتصرف أو
إسقاط أقول منشأ الاحتمال في ثبوت الخيار وعدمه قوله عليه السلام البيعان بالخيار ما لم
يفترقا فإن كان هذا سلبا تحت الخيار وإن كان عدم ملكه ما لم يثبت الخيار وعلى التقديرين الثبوت وجه
الأول عدم تحقق الافتراق فيناط بغيره من الإسقاط أو التصرف ووجه الثاني وهو القول بمفارقة المجلس
أن خيار المجلس والأصل فيه مفارقة المجلس لكن كونهما مصطحبين جعل حكمه حكم المجلس والاصطحاب
لا يتحقق إلا من اثنين وهذا القول نقله الشيخ في المبسوط ولم يسم قائله ونقل ابن البراج لفظ الشيخ
قال دام ظله ولو مات أحدهما احتمل سقوط الخيار لأن مفارقة الدنيا أولى من مفارقة المجلس
في الإسقاط وثبوته فينتقل إلى الوارث أقول وجه الثاني أنه حق للميت لم يسقطه فكان
لورثته ولأن مناط السقوط الافتراق الاختياري ولهذا لو فرقا كرها لم يسقط ولم يحصل ولأن المراد
الافتراق في الأبدان وإنما يتحقق بالأبدان ولم يحصل قال دام ظله وهل يمتد بامتداد المجلس الذي
وصل فيه الخبر نظر أقول منشأه أنه ليس بمجلس البيع فيكون على الفور لأنه بوجه لنفي الضرر ونحفظ حق
العقد ومن أن خيار المجلس منوط بمجلس وتعذر مجلس البيع ففي هذا لانتفاء غيرهما قطعا قال
دام ظله ولو حمل أحدهما ومنع من الاختيار لم يسقط خياره على إشكال أقول منشأه من اختيار البا
هل يسقط ويأتي قال دام ظله أما الثابت فإن منع من التخاير والمصاحبة لم يسقط وإلا فالأقرب
سقوطه فيسقط خيار الأول أقول هذا مبني على بقاء الأكوان وعدمه واقتضاء الباقي إلى المؤثر وعدمه
وأن الافتراق ثبوتي أو عدمي فعلى عدم بقاء الأكوان واحتياج الباقي فيسقط لأنه فعل المفارقة وعلى
القول ببقائها واستغناء الباقي وثبوت الافتراق لا يسقط خياره لأنه لم يفعل شيئا وإن قلنا بعدمه
ميتة والعدم ليس بمعلل فكذلك وإن قلنا إنه معلل سقط أيضا لأنه علته والأقوى عندي السقوط لأنه
مختار في المفارقة قال دام ظله أما لو اتفقا على التفرق واختلفا في الفسخ فالقول قول منكره

مع احتمال الآخر لأنه أعرف بنيته أقول وجه الأول عموم قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين
على من أنكر قال دام ظله الثاني خيار الحيوان وهو ثلاثة أيام من حين العقد على رأي
أقول نقل عن الشيخ أنه قال بثبوته من حين التفرق لأنه حال ثبوت العقد ولثبوت خيار المجلس
فيه فلو ثبت خيار الحيوان لاجتمع المثلان وهو محال والأقوى عندي أنه من حين العقد لأن
العلة الموجبة للخيار العقد فلا يتخلف عنه وهو قبل التفرق وإلا لتخلف المعلول عن علته قال
دام ظله ويثبت للمشتري خاصة على رأي أقول هذا مذهب الشيخين وابن الجنيد وعلم الهدى والصدوق وابن
البراج وابن إدريس وهو الأصح عندي وقال المرتضى بثبوته للبائع والمشتري لنا أصالة اللزوم في البيع احتج
السيد بما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان وفيما
سوى ذلك من بيع حتى يفترقا والجواب الحمل على كون الثمن والمثمن حيوانا وفيه نظر لأن الآية يدل على
عموم اللزوم في قوله تعالى أوفوا بالعقود وأنا خصصنا المشتري ههنا بالنص فيبقى الباقي على العموم والأقوى
عندي أنه للمشتري وهو القابل في العقد وإن كان الثمن حيوانا قال دام ظله وفي ثبوته في الصرف إشكال
أقول ذهب الشيخ في المبسوط إلى عدم دخول الشرط في الصرف ومنعه ابن إدريس لما رواه ابن سنان
في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز
احتج بأن موضع الصرف على استيفاء التعليق بينهما بعد التفرق بدليل اشتراط القبض والخيار عليه
والجواب المنع قال دام ظله ولو دفع الغابن التفاوت فلا خيار على إشكال أقول منشأه انتفاء
السبب وهو الغبن بالدفع والغبن هو فوات جزء من قيمة المثل وقد حصل ومن انه خارج العقد فهو هبة
متجددة ولا يجب قبول الهبة ولا يلزم ولا يقع عوضا عن المبيع ولا يدخل في الثمن والأصح عندي عدم اسقاط الخيار
بذلك قال دام ظله فإن تلف في الثلاثة فمن البائع على رأي أقول لا خلاف في أنه إذا تلف بعد الثلاثة من البائع
وأما فيها فخلاف فقال الشيخ وابن إدريس وابن البراج التلف من البائع وقال المفيد وأبو الصلاح وسلار التلف من
المشتري وقال ابن حمزة أنه من ضمان البائع إلا أن يكون عرض التسليم ولم يتسلم المبتاع لنا أن كل مبيع تلف
قبل قبضه فهو من مال بائعه وما رواه عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام في رجل اشترى متاعا من رجل
وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه قال آتيك غدا إن شاء الله فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع
الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه

كما لو قال دام ظله ولو اشترى ما يفسد ليومه فالخيار فيه إلى الليل فإن تلف احتمل الخلاف
أقول وجه الاحتمال أنه تلف في مدة الخيار فكان كالثلاثة ومن حيث عدم النص والأصح العدم
قال دام ظله ولو شرط نقد بعض الثمن وتأجيل الباقي ففي ثبوت الخيار مع تأخير النقد إشكال
أقربه عدم الثبوت أقول وجه القرب أن الأصل لزوم العقد خرج ما إذا كان الثمن حالا إجماعا
فيبقى الباقي على أصله وما رواه الحسين بن سعيد عن الهيثم بن محمد عن أبان بن عثمان عن إسحاق بن عمار عن عبد
صالح عليه السلام قال من اشترى بيعا فمضت ثلاثة أيام ولم يجئ فلا بيع له وعنه عن صفوان عن عبد الرحمن
بن الحجاج عن علي بن يقطين أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع فلا يقبضه صاحبه ولا
يقبض الثمن قال الأجل بينهما ثلاثة أيام فإن قبض بيعه وإلا فلا بيع بينهما ووجه المنع أنه علق انتفاء
الخيار على تقبيض جميع الثمن وثبوته على عدمه وذلك إنما يكون في موضع يجب فيه تقبيض الثمن قبل الثلاثة
أيام وهو إذا كان الثمن حالا ويحتمل ثبوت الخيار لأنه بمنزلة الثمن قال دام ظله إلا الزوجة
غير ذات الولد ففي إرثها لا ترث على إشكال أقربه ذلك إذا اشترى بخيار لم يرث من الثمن أقول منشأه من عدم
إرثها منها فلا يتعلق بها فلا ترث من خيارها ومن أن الخيار لا يتوقف على الملك كالأجنبي ثم فرع
دام ظله إن كان المورث قد اشترى بخيار فالأقرب إرثها من الخيار لأن لها حقا في الثمن ويحتمل
عدمه لأنها لا ترث من الثمن بعد الفسخ ولو علل إرثها دار والأصح اختيار المصنف فإن الشراء يستلزم
منعها من شيء نزله الشارع منزلة جزء من التركة وهو الثمن فقد تعلق الخيار بما ترث منه قال
دام ظله وهل للورثة التفريق يستلزم تعيب السلعة ومقتضى الخيار ردها بلا عيب كما أخذها
فإن العقد إنما وقع لواحد فليس فيه تفريق حقيقة ولا حكما ومن أنه حق لكل واحد ووجه قرب
المنع أنه لا ينتقل إليهم إلا ما كان للمورث ولم يكن له إلا خيار واحد ولا وجه عندي لاحتمال التفريق
وفرق بين هذه وتعدد المشتري أن تعدد المشتري المبيع فيه متبعض بحسب العقد ولم يقع لواحد
واحد والأصح عندي المنع لما اختاره المصنف قال دام ظله والمبيع يملك بالعقد على رأي أقول
هذا اختيار أكثر الأصحاب وهو الأصح عندي وقال الشيخ في الخلاف إن كان الخيار لهما أو للبائع
فإذا انقضى الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم وإن كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عن الملك
بنفس العقد لكنه لم ينتقل إلى المشتري حتى ينقضي الخيار فإذا انقضى ملكه بالعقد الأول لنا

نظر لأن مراد المتن فالوجه مع تعدد المشتري أقول رضاه كما أن التفريق م

لانه قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم علق اباحة التصرف بالتجارة عن التراضي
اعني البيع ولان الصحة عبارة عن ترتب الاثر وحال وقوعه انه وصف بالصحة من المطلوب والاولى الخيار لوجود
المقتضي وهو العقد لانه سبب شرعي ولهذا عرفه بانه تمليك وانتقال الى آخره وانتفاء المانع لعدم منافاة
الخيار الملك كالعيب اقول الشيخ يقولون عما اشتمل فيه الخيار وكالقصور بسبب عدم افادته الملك قال
دام ظله والاقرب صحة العقود اقول وجه القرب انه وقع من اهله في محله وصحة عقد العتق لا
مع اجازة الملك فمنافاة اولى ويحتمل عدم الصحة لانتفاء شرطها وهو الملك قبل الفسخ وانتفاء الشرط يوجب
انتفاء المشروط والاقوى عندي صحة العقد لانه اما او لجزء منه فسخ قال دام ظله والعرض على البيع والاذن
فيه كالبيع على اشكال اقول ينشأ من انه لا ينافيا الا لزامه على الالتزام بالمبيع فيكون من البائع فسخا
ولهذا يحصل بهما الرجوع عن الوصية ومن انهما لا يقتضيا انتفاء الملك لثبوت العقود لانه ومن المحتمل
عدولهما عن تردد في الفسخ والاجارة فهي اعم ولا دلالة للعام على الخاص قال دام ظله وكذا العتق
على اشكال اقول ينشأ من منافاته للملك ولان العتق مبني على التغليب ومن ابطاله حق البائع في العين
المعينة عن الابطال فان قلنا به فاذا فسخ البائع انتقل الى القيمة السوقية والاقوى عندي صحة العتق
المشتري اذا كان الخيار للبائع قال دام ظله فان جعلناه فالاقرب انه وعنه الاستيلاد ويحتمل العتق
العتق لتقدم حقه على الاستيلاد والاقوى الاول قال دام ظله وان كان الخيار للبائع العبد لم
ينفذ عتق الجارية ولا العبد الا مع الاجازة على اشكال اقول ينشأ من تضمنه ابطال حق الغير
ومن مصادفته الملك ولان العتق مبني على التغليب وايضا العتق هل يكون نزوعا ام لا قال دام ظله
ولو اشترك الخيار صح عتق الجارية خاصة لان اعتاق البائع مع بقيمة الفسخ يكون نافذا على رأي اقول
اما عدم عتق العبد فلما مر من ابطال حق الغير واما الجارية فلانها اما ملك او يملك ان يملك فباوله
يحصل الفسخ وبتمامه يحصل العتق وقيل لا لانه مشروط بالملك المعلول للفسخ فيكون صحة العتق متأخرة
عن الفسخ مرتبتين فلو كان علة فيه دار والجواب ما ذكرناه قال دام ظله لو قبلت الجارية
المشتري فالاقرب انه ليس بتصرف اقول وجه القرب انه لم يستند فيه فعل ويحتمل ضعيفا
ان يكون تصرفا لان الملاقاة نسبة صادرة منهما ولان علمنا الكون وهو محتاج الى المؤثر ولا نوعه
لها وسكونها حتى يقبله فعل منه واختياره والتحقيق انه ليس بتصرف لصحة سلبه عرفا ولغة فانه يقال

لم

الاستقلال القيمة السوقية مع فسخ البائع اولى والعبد الجميع ... م

لم يتصرف بل هي قبلته قال دام ظله ليس للمشتري الوطء في زمن الخيار المشترك والمختص بالبائع
على اشكال ينشأ من حصول الملك المقتضي للاباحة ومن تعلق حق البائع اقول ان قلنا بعدم منع
الاستيلاد من استرجاع العين لم يمنع وان قلنا منعه احتمل منعه لادائه الى منع حق الغير ومنافاته غير ملزوم
له وهي ملكه والحق عندي ان له الوطء وعلى قول الشيخ الملك قبل انقضاء الخيار لا يجوز له الوطء وكذا على
قول من يوجب التقويم على الشريك بنفس الوطء قال دام ظله وهل يجب قبض الثمن في المجلس او قبضه
نظر اقول ينشأ من انه داخل في بيع الدين بالدين ام لا ويبني على تفسير بيع الدين بالدين والاقوى انه
لا يجب قال دام ظله لو فسخ المشتري بخياره فالعين في يده مضمونة ولو فسخ البائع فهي في يد
المشتري امانة على اشكال اقول ينشأ من اصالة ضمان مال الغير ومن بطلانه الموجب للضمان
والقبض ما دون فيه والحق عندي انه مضمون لانه مقبوض ببيع قد بطل فيضمن

الفصل الثاني في العيب

قال دام ظله ولا العيب على اشكال اقول العيب هو قوة اليد اليسرى على ما
تقوى عليه اليمنى مع ضعف اليمنى كضعف اليسرى في المعتاد في الطبيعة ومنشأ الاشكال الخروج
عن المجرى الطبيعي وحصول المنافع المقصودة من اليمين قال دام ظله ولو شرطها حاملا فان كانت
امة تخير وان كانت دابة احتمل ذلك لامكان ارادة حمل ما يعجز عنه حينئذ وعدمه للزيادة ان قلنا بدخول
الحمل كالشيخ اقول قد ظهر الفرق بين حمل الدابة وحمل الامة لثبوت الخيار في حمل الامة على القول بعدم
دخوله لا يستقص محضا بالنسبة الى المشتري لاشتماله على الخطر وعلى القول بدخوله لانه نقص من وجه
وزيادة من وجه وكلما كان كذلك فللمشتري الخيار اجماعا واما في الدابة فعلى تقدير عدم دخوله
تخلل البائع بتسليم المبيع مفرغا فيتخير المشتري وعلى تقدير دخوله فهو زيادة محضة لا خطر فيها
واحتمال التخيير لنقص منافع العجز عن حمل الثقيل وهو ضعيف لانه ليس بعيب ولا تدليس وعندنا بتخيير
في الموضعين لعدم دخول الحمل في البيع قال دام ظله وليس للمشتري صفقة الاختلاف في طلب احدهما
الارش والاخر الرد بل يتفقان على اشكال ما لو ورثا خيار عيب فلا اشكال في وجوب التوافق اقول ينشأ
من انه باع دفعة فالتبعيض احداث العيب فيمنع من الرد ومن انه لما باع على اثنين فقد تعدد البيع
فلم يات التبعيض لا منه والاقوى عندي جواز التفريق هنا قال دام ظله وطريقه ان يقوم
في الحالين فيحمل قيمته حين العقد والقبض والاقل منهما اقول معناه احتمال الكلام

فالتبعيض م

الاصحاب كلا منهما ومبنى الاول حال الانتقال فهو حال التعويض ولان الارش جزء من الثمن والعوض
يفوت بفوات معوضه حاله ومبنى الثاني حال استقرار الملك فهو حال التعويض ووجه الثالث ان المتيقن
قال دام ظله لو حملت من السحق فوطئها المشتري بكرا فالاقرب انه عليه عشر قيمتها ويحتمل نصف العشر و
عدم الرد وكذا الاشكال لو في وطئ الدبر اقول وجه الاول عموم النص في وجوب العشر في وطي البكر
ووجه الثاني عموم النص بوجوب نصف العشر في وطي الحامل ووجه الثالث الجناية الزائدة وهو اذهاب
البكارة قال دام ظله ولو كان المبيع حيوانا حاملا عند المشتري من غير تصرف فالاقرب ان للمشتري
الرد بالعيب السابق لان الحمل زيادة اقول هذا على قول الشيخ من ان الحمل تابع للحامل في الانتقال مع الاطلاق
ظاهر واما عندنا فالاقوى ذلك لانه كالثمرة المتجددة على الشجرة وكما ان الحادث للزرع نماء المشتري
في الدار المبتاعة والخيار له بغير اختياره فانه لا يورث ويحتمل عدمه لحصول خطر ما ولنقص منافعها
فانها لا تقدر على حمل العظيم والاقوى عندي عدم الرد في الحمل لانه قال دام ظله ولو تلف الجاني
حطا ثم الرد اقل الامرين على رأي والارش على رأي اقول حكي في المبسوط القولين وقوى الاول وقال في الخلاف
بالثاني وهو اختيار ابن الجنيد وابن البراج والاقوى عندي الاول لنا انه لا يستحق ازيد من الارش و
لا يضمن جنايته وادعى الشيخ في الخلاف اجماع الفرقة وهو ممنوع قال دام ظله ويرد معها مثل اللبن
الموجود حال البيع دون المتجدد على اشكال اقول ينشا من عموم النص ومن انه تجدد على ملكه
قال دام ظله والاقرب ثبوت التصرية في البقرة والناقة اقول هذا اختيار الشيخ في المبسوط
والخلاف وبه قال ابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس الحاقا بطريق المنطق وادعى الشيخ اجماع الفرقة ومن ان
الاصل عدمه لعدم النص والاقرب عندي عدم الثبوت في غير الشاة قال دام ظله ولو تحفلت الشاة
بنفسها فالاقرب سقوط الخيار اقول وجه القرب عدم التدليس ويحتمل ثبوته لان ضرر المشتري لا يختلف
فصار كما لو وجد بالمبيع عيبا لم يعلمه والاقرب عندي السقوط قال دام ظله ويتخير المشتري بين الرد
والارش لو تجدد العيب قبل القبض وبعد العقد على رأي اقول هذا اختيار المصنف هنا اختيار
الشيخ في النهاية وابن البراج وابي الصلاح لانه مضمون على البائع لو تلف قبل القبض فكذا الابعاض والصفات
ولان لها قسطا من الثمن لو كان العيب قبل العقد فكذا بعده لان المقتضي هو العقد والنقص ولعدم زوال
ضمان البائع وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط وابن ادريس لا ارش الا بالتراضي لاصالة عدم الارش والجواب

مع وجود المقتضي للخلاف والرضا بالعيب هو الاصل قال دام ظله ولو قبض البعض وحدث في الباقي عيب
فله الارش او رد الجميع دون المعيب على اشكال اقول ينشا من وجود العلة فيه ومن التبعيض وهو عيب
قال دام ظله ولو رد المشتري السلعة بعيب فانكر البائع انها سلعته قدم قوله مع اليمين ولو ردها بخيار
فانكر البائع انها سلعته احتمل الخيار في تقديم قول المشتري مع اليمين اقول اما المسئلة
الاولى فلا خلاف فيها في ثبوت خياره واستحقاق المشتري الفسخ والاصل عدمه فيقدم قول منكره وهو
البائع ايضا في صحة القبض وترتب اثره عليه وكلام البائع الموافق للاصل فيه فيقدم واما المسئلة الثانية
فيحتمل مساواتها في تقديم قول البائع للمسئلة الاولى لانه منكر وكل منكر يقدم قوله مع اليمين لقوله عليه السلام
واليمين على من انكر والاقوى تقديم قول المشتري لاتفاقهما على عدم لزوم البيع واستحقاق الرد بالخيار
والاختلاف في موضعين آ خيانة المشتري والبائع يدعيها بعد سقوط العقد والمشتري ينكرها والاصل
عدمها ب سقوط حق الخيار الثابت للمشتري فالبائع يدعيه والمشتري ينكره والاصل بقاؤه فكان القول
قول المشتري قال دام ظله ولو كان المبيع حليا من احد النقدين بمساويه جنسا وقدرا فوجد المشتري
به عيبا قديما وتجدد عنده آخر لم يكن له الارش ولا الرد مجانا ولا مع الارش ولا يجب الصبر على العيب
مجانا فالطريق الفسخ والزام المشتري بقيمته من غير الجنس معيبا بالقديم سليما عن الجديد ويحتمل الفسخ مع رضا
البائع برد المشتري العين وارشها ولا ربا فان الحلي في مقابلة الثمن والارش للعيب المضمون كالماخوذ للسوم
اقول انما لم يمسك ولا يدفع مجانا لان العيب السابق واللاحق مضمونان وانما لم ياخذ الارش للزوم الربا فان الارش جزء
من الثمن وانما لم يرد مع الارش قيل لان الضمانات كلها كالمعاوضة فيدخلها الربا وابطله المصنف بان الضمان
للعيب المضمون والاصح المنع لان الضمان ليس بمعاوضة فلا يدخله الربا فعلى الاول لو تراضيا على رد المشتري
مع الارش لا يصح ولما كان مذهب المصنف انها ليست معاوضة صح الرد مع الارش بالتراضي وانما وقف على رضا
البائع لان حدوث العيب في يدي المشتري مانع من الرد قهرا فلو لم يقبل البائع كان الطريق الفسخ وضمان القيمة
ولا يخلو من نظر لانه لا فسخ بعد العيب لانه منع له التصرف وكيف يضمن عينا فسخ فيها مانع وجودها لان الانتقال الى القيمة
للتعذر والجواب ان الفسخ مع رد العين انما يكون مع عدم العيب والتصرف فاما مع العيب فيكون كالهالكة
لعارضها تلك بوجه يعتبر في الرد بالمماثلة وانما فرض حليا لانه لو لم يكن حليا ضمنه بمثله معيبا بالقديم سليما عن
الجديد لكن الحلي من ذوات القيم والحق عندي الرد مع الارش مع التراضي والا فضمانها بقيمته بالنقد الغالب

وفي نسخة بدله لا الاصل عدمه فيقدم قول منكره وهو البائع م

المعيب الاول قال دام ظله والاقرب عدم ثبوت الاجرة مع منع المتكلم ومع بقائها لزرع لانما استيفاءه
لكن على البائع اقول الاقرب هو الاقوى عندي ووجه احتمال ثبوت الاجرة انما استوفى نافع ملك الغير فعليه عوضه
ولانه جمع بين الحقوق قال دام ظله وفي دخول البناء اشكال اقربه عدم الدخول اقول وجه القرب
انه ليس جزء ولا لازم عقلي بينهما ولا يتوقف عليه الانتفاع والمرجع في مثل هذا الى الاصطلاح العرفي في تسمية
الفقيه من اهله فان اختلفوا ولم يترجح عنده قول بعضهم او لم يصح عنده نقل فهذا مشكل والاقوى عندي الاقرب
عنده والذي قال دام ظله ويدخل فيه الرشا الذي يوضع عليه القضبان على اشكال اقول منشأه توقف الانتفاع
عليه ودخوله عادة كالمفتاح وباب العبد ومن حيث انه ليس بثابت كالاجر قال دام ظله ويدخل المجاز والشرب
على اشكال اقول لا اشكال في الشرب لانه من حيث انه ليس بجزء لمفهوم الاسم ولا لازم عقلي بينهما ومن حيث
توقف الانتفاع عليه فهو كالمجاز قال دام ظله ويدخل المجاز ولو قال بحقوقها دخل الجميع ولو لم يقل فاشكال
اقول منشأه من نص الاصحاب على دخول المجاز وان الجمع المحلى بلام الجنس يفيد العموم على ما تقرر في الاصول
ولتوقف الانتفاع عليه فدل عليه بالاقتضاء ومن حيث تعلقه دخول المجاز الضرورة لتوقف تمام عليه فدخول كل واحد
من سبب دخول الاخر باقي السبب في المسبب فلا يجتمع فاذا لم يدخل الكل وتخصيص واحد معين بالدخول ترجيح بلا مرجح
ولا اجماع على خلافه فاما ان لا يدخل شيء فيتضرر المشتري مع جهله بالحكم او يدخل واحد لا بعينه فيلزم بطلان البيع
لان تمام المملوك كتمام المبيع واعلم انه ذكر هذه المسألة في موضع آخر من هذا الكتاب وحكم بدخول الكل على
ما اداه اجتهاده اليه وههنا استشكل لما اداه اجتهاده ثانيا ومن عادة المجتهدين انه اذا تغير اجتهاده
لم يبطل ذكر الحكم الاول بل يذكر ما اداه اجتهاده اليه ثانيا في موضع آخر لبيان عدم انعقاد اجماع اهل
العصر الثاني على كل واحد منهما وانه لم يحصل في اجتهاد الثاني بطلان الاول بل تعارض الدليلين وتساويه
قال دام ظله وفي دخول الاشجار في وسطها اشكال اقول منشأه من ان الشجر ليس بجزء من مفهوم
القرية ولا يتوقف الانتفاع عليها ومن قضاء العرف بدخوله وفيه نظر والتحقيق انه وجهه ما ذكرناه نحن
في الشرب من رجوع الفقيه الى اهل العرف قال دام ظله لو كان بعض النخل مؤبرا وبعضه غير مؤبر احتمل دخول
غير المؤبر خاصة وعدم الدخول مطلقا لعسر التمييز اقول وجه العلية هو عدم التأبير ومن صدق التأبير
في النخل لان المعلق انما هو على التأبير لمطلقه وهو اعم من تأبير بعض ثمرة النخلة او كلها فيدخل في قوله عليه السلام من باع
نخلا قد ابر فثمرتها للبائع ولان دخول الثمرة من دلالة المفهوم وهي ضعيفة مخالفة للاصل فيقتصر

[illegible]

فيها على المتيقن وهو اذا لم يؤبر شيء منها ويبقى الباقي على الاصل عدم الدخول وقوله لعسر التمييز
اشارة الى دليل وهو ان المؤبر لا يدخل لوجود الدليل المانع المنصوص عليها وغير المؤبر لو دخل لبطل البيع
في النخلة والثمرة لانه مجهول لعسر معرفته وليس من ضروريات المبيع كالاس ويتبع عليه نفع كالاس وكل مجهول كذلك
يبطل البيع بدخوله لان جهالة الجزء تستلزم جهالة الكل واللازم باطل وانه لم يقل به قائل من الامة فالملزوم مثله
قال دام ظله ولا يدخل الغصن اليابس ولا السعف اليابس على اشكال اقول منشأه من انه في
الاصل جزء ومن استحقاقه القطع فصار كالثمرة المؤبرة حلو لمصلحتها ومن تشابهه والاقرب الدخول قال
دام ظله وفي ورق التوت نظر اقول منشأه من انه كالثمرة والاقرب الدخول قال دام ظله ولو خيف
الضرر لكثرة فالاقرب جواز القطع وفي دفع الارش نظر اقول هنا مسألتان آ في جواز القطع مع الضرر
لكثرة الابقاء قال المصنف الاقرب جوازه ووجهه عدم وجوب تحمل الضرر العظيم لنفع الغير لما تقرر في علم الكلام
انه لا يجوز تكليف بحض لاشتمال التكليف على لطف الغير خاصة لا بالمكلف ويحتمل عدم الجواز لانه ادخل الضرر
على نفسه بجزئ الاصل وابقاء الثمرة للغير فقد رضي بابقائها ولانه لو جاز قطعها لكان انه اتلافا على البائع
فلا يكون ابقاؤه له فيجتمع النقيضان ولا سيما انه نفي تماثه حكم الشارع بابقائها للبائع فيبطل الحكم لاستيفاء غلبته
ويضعف باشتراطها التكليف بعدم ضرر الغير ب على تقدير الجواز فقطع هل يلزم للقاطع الارش ام لا فيه نظر
منشأه انه جمع بين الحقين ورعاية المصلحتين فيجب الارش ومن انه قطع سائغ ولا نص على وجوب الارش والاصل
البراءة قال دام ظله ولو كان الزرع اصل ثابت يحصد مرة بعد اخرى فعليه تفريغ الارض منه بعد الجزة الاولى
على اشكال الاقرب الصبر حتى تستقلع اقول منشأه اقتضاء العقد وجوب التفريغ واباحة ابتدائه ووجه القرب
ان الحين وضعه موضع على التأخير رعاية الحين استقلاعه فصار مستثنى الاصل قال دام ظله والاقرب عدم
دخول المعادن في البيع اقول وجه القرب انه لا يتناوله اسم المبيع مطابقة ولا تضمنا ولا التزاما ولانه
بخروجه عن الطبيعة الارضية ومخالفته اياها وكونه ليس بجزء من الدار لم يدخل في اللفظ الموضوع خصوصية
احدهما ويحتمل الدخول كالحجارة المخلوقة قال دام ظله وهل يدخل الباب الذي عليه اقربه دخول
ما يقتضي العرف دخوله معه اقول وجه القرب قضاء العرف ويحتمل عدم الدخول لانها منفصلة عن المبيع
لم يتناولها اللفظ باحد الدلالات قال دام ظله

الفصل الثاني

في التسليم وهو التخلية
مطلقا على رأي وفيما لا ينقل ولا يحول كالاراضي والابنية والاشجار والنقل في المنقول والكيل والوزن فيما

يكال او يوزن على راي اقول الاول اختيار بعض متقدمي اصحابنا والثاني اختيار بعض متقدمي
اصحابنا ايضا والمصنف في المختلف وقال الشيخ في المبسوط القبض فيما لا ينقل ويحول هو التخلية وفيما يتناول
باليد كالدراهم والدنانير هو التناول وفي غيره مما ينقل ويحول النقل وفيما يكال ويوزن الكيل او الوزن
وتبعه ابن البراج وابن حمزة احتج الاولون بانه لولا ذلك لزم الاشتراك او المجاز وهما على خلاف الاصل
واحتج المصنف في المختلف بقضاء العرف بذلك والخطاب الشرعي يحمل على الحقيقة العرفية مع عدم
الشرعية وبما رواه معوية بن وهب في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن الرجل يبيع البيع قبل ان يقبضه
فقال ما لم يكن كيل او وزن فلا تبعه حتى تكيله او تزنه الا ان توليه الذي قام عليه فجعل ابو عبد الله
عليه السلم الكيل او الوزن هو القبض للاجماع على تسويغ بيع الطعام بعد قبضه وبما رواه عقبة بن خالد
عن الصادق عليه السلم في رجل اشترى متاعا ولم يقبضه فقال آتيك غدا ان شاء الله فسرق المتاع من مال
من يكون قال من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته فاذا اخرجه من بيته
فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله اليه فعلق زوال الضمان فالنقل هو القبض والاقرب عندي اختيار
المصنف وهو التفصيل قال دام ظله والتسلط على التصرف مطلقا على راي الى قوله والاقوى
الكراهة اقول هذا قول المفيد رحمه الله والشيخ في النهاية ومنع في المبسوط من بيع الطعام قبل
القبض وجوزه في غير الطعام ومنع ابن ابي عقيل من بيع ما يكال او يوزن قبل قبضه واختيار ابن البراج
في المهذب قول الشيخ في المبسوط وفي الكامل قوله في النهاية وقال سلار يجوز بيع الدين قبل قبضه فيباع
الذهب والفضة منه بالعروض وابن حمزة منع من بيع الطعام قبل القبض مطلقا الا ان يكون سلفا فانه
منع من بيعه قبل قبضه الا من المسلف اليه لنا الاصل وعموم الاباحة احتج المانعون بما رواه معوية
بن وهب في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن الرجل يبيع المبيع قبل ان يقبضه فقال ما لم يكن كيل
او وزن فلا تبعه حتى تكيله او تزنه الا ان توليه الذي قام عليه والجواب الحمل على الكراهة قال
دام ظله ولو كان له طعام من سلم يقبضه على من له مثله من سلم فالاقوى الكراهة اقول هذا مبني على
ان الحوالة هل هي معاوضة او استيفاء فان قلنا بالاول فهل المعاوضة على مال المسلم قبل قبضه حرام
او مكروه وقد تقدم قال دام ظله اما لو قال اشتر به طعاما واقبضه لي ثم اقبضه لنفسك صح الشراء
وفي القبض قولان اقول قال الشيخ في المبسوط لا يجوز قبضه لانه لا يجوز ان يكون وكيلا لغيره في قبض حق

نفس

نفسه من نفسه وتبعه ابن البراج وقيل يجوز قال دام ظله ولو باع ما ورثه صح الا ان يكون الميت قد اشتراه ولم يقبضه
على الخلاف اقول تقرير الخلاف كما مر قال دام ظله وكذا الاشكال في الاصداق وشبهه اقول اذا اصدقها
ما اشتراه قبل قبضه فباعته احتمل الوجهين من حيث انه مبيع لم يقبض وقد جرى عليه بيع ثان ومن حيث انها لم تشتريه
اشتراء وبالاصداق ملكته ملكا تاما وما ملك بالاصداق لا يشترط في بيعه القبض قال دام ظله والاتلاف
الاجنبي لا يوجب الانفساخ على الاقوى اقول وجه القوة التمسك بمقتضى العقد وتعلق الضمان بالجاني
فلما اتلف هو المشتري يحتمل الفسخ لاطلاق النص قال دام ظله واتلاف البائع كاتلاف الاجنبي على الاقوى
اقول التوجيه كما تقدم ويحتمل هنا الفسخ على تقدير عدمه هناك لما في مباشرة البائع الاتلاف الامساك
حتى يتلف وعموم المساواة ممنوع وخصوصيا لا يفيد قال دام ظله ولو تعيب بجناية اجنبي فللمشتري فسخ و
مطالبة الجاني بالارش والاقوى ان جناية البائع كذلك اقول وجه القوة انه جنى على ملك غيره فيضمنه
بالارش وقال الشيخ ليس له الارش بل اما الرد او الامساك مجانا بلا ارش كعيب حدث قبل القبض وبعد البيع وقد تقدم
البحث فيه قال دام ظله ولو كان بآفة سماوية فللمشتري الخيار بين الرد والارش على اشكال اقول
الاشكال قد تقدم في حدوث العيب قبل القبض قال دام ظله ولو لم يكن له قسط من الثمن كقطع يد العبد
فللمشتري الرد وفي الارش نظر اقول وجه النظر الخلاف بين الاصحاب في ضمان الارش لو تجدد في المبيع عيب
قبل القبض وقد تقدم وهنا الارش اظهر لان المبيع هو مجموع بدن العبد وقد نقص بعض عينه بخلاف
نقصان الصفة قال دام ظله ولو اتلفه طعاما بالعراق لم يجب الدفع في غيره فان طالبه بالقيمة
لم يجز على راي لانه بيع الطعام قبل قبضه اقول هذا قول الشيخ الطوسي في المبسوط وقيل لا يجوز واختاره
في الخلاف وقد تقدم البحث فيه قال دام ظله وفي لزوم البائع الاجرة عن مدة الغصب نظر اقول
منشأه انه ضامن للعين بمجرد اليد فكذا المنافع ولانه نقص دخل على المبيع قبل قبضه وكان مضمونا على البائع
كارش العيب على الاقوى والاصل عدم الضمان ولانه مع العلم بالغصب لم يكن مضمونا على البائع والغصب لم يحصل
من فعله نعم لو طالبه المشتري بالتسليم فمنع ضمن البائع سواء غصبها غاصب او لا ويمنع لزوم ضمان المنافع
بضمان العين كالعارية المضمونة ويمكن الفرق بافرادها بالاباحة بغير عوض لكنه كلام على المستند قال
دام ظله **الفصل الثالث في الشرط والاقوى بطلان البيع ايضا** اقول البحث في هذه
المسئلة يأتي قال دام ظله لو شرط اجلا مجهولا بطل العقد معهما قبله كما لو شرط تأخير الثمن الى سنة او انتفاع

المبيع ذلك فالاقرب الصحة على اشكال اقول ينشا من عدم الاحتياج المنافي للمقصود من صحة البيع
ومن اطلاق الاصحاب جواز الاجل المضبوط فالمنشا تعارض العموم بين والاقوى عندنا البطلان قال دام ظله
والاقرب وجوب تعيين الرهن المشروط اما بالوصف او المشاهدة وتعيين الكفيل اما بالاسم او النسب او المشاهدة
او الوصف كرجل موسر ثقة اقول وجه القرب انه كلما صح اشتراط رهنه صح رهنه بالضرورة و
يلزمه قولنا كلما لا يصح رهنه لا يصح اشتراط رهنه والمجهول لا يصح رهنه وكذا القول في الكفيل ولنهيه عليه السلام
عن الغرر وهذا غرر ويحتمل الصحة وعمل الراهن في تعيينه للاشتراط ويحتمل انصراف الاطلاق الى كفيل ورهن يقومان
بالمال لانه الغرض والاقوى عندي عدم صحة المجهول قال دام ظله فلو عينهما فالاقرب تعيينهما اقول وجه
القرب العمل بمقتضى الشرط السابع وتعلق الغرض بالتعيين غالبا ويحتمل عدمه لان المقصود في الاثنين اثبات
الحق عند الجحود ومناطه العدالة لا الشخص المعين قال دام ظله وهل يشترط مغايرة الرهن للمبيع نظر
اقول ذهب الشيخ في المبسوط الى الاشتراط وتبعه ابن ادريس ووجهه انه لولاه لدار لان لزوم تصرفات
المشتري معلول للزوم البيع فلو كانت علة فيه دار ولانه قبل تمام البيع لم يملكه فكانه قد اشترط رهن
ما لم يملكه ويحتمل عدمه لان الرهن مشروط بمطلق الملك وهو هنا حاصل له بمجرد وقوعه فلزم وان كان تبعا د
في كون المعلول علة لصفة عليه ولانه ليس بيعا بشرط الرهن بل هو بيع وشرط قال دام ظله ولو باع العبد
بشرط العتق مطلقا او عن المشتري صح والاقرب انه حق للبايع لا لله فله المطالبة به اقول وجه القرب
انه ثبت باشتراطه وتعلق غرضه به ومسامحته في الثمن بسببه ويحتمل ان يكون لله لانه كالملزوم بالنذر في
حقيقتها وهذا لا يسقط بالاسقاط ولو اهمل طالبه الحاكم ولانه عدم جميع الاملاك والحقوق فلا يكون
حقا لغير الله ولانه لا يحصل به ملك لاحد ولا يزول عنه واجب فلا تعلق له به قال دام ظله وله الفسخ فيطالب
بالقيمة وفي اعتبارها اشكال اقول هذا فرع على ان العتق حق للبايع وتقريره انه لم يحصل له ما شرط فكان
له الفسخ فاذا فسخ وقد تلف العين او تعيب فله القيمة وفي اعتبارها احتمالات ثلثة آ وقت قبضه لانه
وقت دخوله في ضمان المشتري ب وقت التلف لانه قبله انما كان يجب رد العين وانما وجبت القيمة بعد
التلف ج اعلى القيم لانه وقت لزيادة يتعلق له انه ان فسخ رد العين وقيمتها وضعفها بان يده ليس كيد الغاصب
قال دام ظله وفي التنكيل اشكال اقول منشاؤه حصول المشروط ومن انصراف الاطلاق الى السبب المباح
ولانه كلما يجزي عن العتق المطلق المشترط صح اشتراطه بالتعيين بطريق الاولى ويلزمه قولنا كلما لم يصح

اشتراطه بالتعيين لم يجز عن العتق المطلق المشترط وهذا لا يصح اشتراطه بالتعيين فلا يجزي ١٠٢
من العتق المطلق المشترط وهو المطلوب ولانه لو ذكره صريحا لم يصح الشرط فاذا لم يذكره اولى لا بدل
في الشرط والاقوى عدم الاجزاء فيعتق وللبايع الفسخ والرجوع بالقيمة قال دام ظله ولو كان مختلف
الاجزاء فنقص تخير المشتري بين الفسخ والامضاء بقدر حصته من الثمن على راي اقول هذا مذهب الاكثر
قال الشيخ رحمه الله في المبسوط يتخير بين الفسخ والامضاء بجميع الثمن وتبعه ابن البراج احتج الاولون
بان نقصان العدد ليس اقل من نقصان الصفة التي يعد فقدها عيبا احتج الشيخ بانه جعل الثمن كله
مقابلا بهذه العين الموجودة وكون كذا بقدرها من صفاتها وليس ذلك عيبا لانه ليس بخروج عن المجرى
الطبيعي بل هو صفة كمال فاذا فقدت كان له الفسخ او الامضاء بالجميع كما لو اشترى عبدا على انه كاتب
فخرج غير كاتب وسائر التدليسات وهو الاصح عندي لان كون العين المعينة الشخصية بقدرها قدر
معين صفة كمال لها الى ما يعدها النقص منه وهذا تعرض قائم بهما وليس بجزء قال دام ظله ولو كان
للبايع ارض بجنب تلك الارض لم يكن للمشتري الاخذ منها على راي اقول هذا مذهب الاكثر واختاره ابن
ادريس وقال الشيخ في النهاية له الاخذ بقدر الناقص لما رواه عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام
في رجل باع ارضا على ان فيها عشرة اجربة فاشترى المشتري منه بحدوده ونقد الثمن ووقع صفقة
البيع وافترقا فلما مسح الارض فاذا هي خمسة اجربة قال ان شاء استرجع ماله واخذ الارض وان شاء
رد البيع واخذ ماله كله الا ان يكون الى جنب تلك الارض له ايضا ارضون فليوفه ويكون البيع لازما
له وعليه الوفاء بتمام البيع وان لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع فان شاء المشتري اخذ الارض
واسترجع فضل ماله وان شاء اخذ الارض ورد ماله كله قال المصنف وفي طريق هذه الرواية من لا
يحضرني الان حاله قال دام ظله ولو زاد احتمل البطلان والصحة فالزيادة للبايع اقول قال الشيخ
في المبسوط لو باع على انها عشرة اجربة فظهرت احد عشر جريبا فيه وجهان احدهما يكون للبايع
الخيار بين الرد واسترجاع الثمن وبين امساك المبيع ويكون شريكا للبايع ثم قال ولي في هذه المسئلة نظر
وتامل وقال ابن البراج يكون للبايع الخيار بين امضاء البيع بجميع الثمن وبين الفسخ ووجه البطلان
ان المبيع مجموع العين بشرط كونها عشرة وهما متضادان فكانه شرط شرطا فاسدا ووجه الصحة ان فيه
شركة للبايع وهي عيب فلا يبطل قال دام ظله والاقرب ان للبايع الخيار في طرف الزيادة بين الفسخ والامضاء

اولا بقدر ما م

الاثم

الفسخ وبين الاجازة بجميع الثمن وهو الاظهر والثاني ان البيع باطل لانه لا يخير على شركة وقال ابن ادريس للمشتري الخيار بين الاموم

في الجميع اقول هنا مسئلتان آ الزيادة ذهب الشيخ رحمه الله الى ان الزيادة في المختلف الاجزاء للبايع
وفي المتفق للمشتري ووجه اختيار المصنف ان المبيع هو جميع هذه العين الشخصية سواء كانت مختلفة
او متفقة فاذا فسخ البيع كان الجميع للمشتري وكونها بقدرها مقدرا زيد من مراتب المشترط صفة كمال
باع البايع على عدمها فكان له الفسخ وعلى القول بكون الزيادة للبايع لم يكن له خيار لانه رضي بكون الثمن
مقابل الجميع فاذا كان مقابلا للبعض كان اولى وزيادة في الملك والضرر بالشركة تجبره وفعله وقوله
الخيار للتضرر بالشركة والاقوى ان للبايع الخيار في الفسخ والامضاء بجميع الثمن وليس له شيء في المبيع
ب النقصان فنقول ذهب الشيخ في المبسوط الى انه يتخير المشتري بين اخذ الناقص بجميع الثمن وبين الفسخ
في المختلف ويتخير في المتفق بين اخذه بحصته من الثمن وبين الفسخ والفرق بينهما انه قد فات من المختلف
ما لا قسط له من الثمن لاستحالة تقسيط الثمن في المختلف على الاجزاء ولا القيم هنا لعدمه وعدم
مماثله فاستحال تقومه فاستحال ثبوت قسط لما نقصه فقوا تقا لفوات صفة كمال لا بعدم اقتاعسا
فهو بمنزلة التدليس والمماثل يسقط الثمن على اجزائه والحق رجوع هذه المسائل الى ان المقدار وصف
والمبيع العين فاذا شرط صنفا من الوصف ولم يحصل تخير من فاته صفة الكمال قال دام ظله كل شرط
يقتضي تجهيل احد العوضين فان البيع يبطل فيه وما لا يقتضيه لكنه فاسد فان الاقوى بطلان البيع اقول
قال الشيخ يبطل الشرط دون البيع لان البيع وشرطه اذ لو كان البيع معلقا على الشرط كان باطلا وقيل
يبطل البيع لانعدام المشروط بعدم شرطه لعدم استلزام الشرط المشروط في الوجود فلو لم يستلزم
عدمه عدمه لجاز كون كل شيء شرطا لغيره وهو محال والتحقيق ان هذه الشروط شروط بالمجاز لانها
تابعة للعقد والعقد سبب فيها فلا يعقل كونها شرطا له والا دار بل هي صفات للبيع تختلف
الاعراض باختلافها ولا يعد فقدها عيبا ثم قال الشيخ وابن الجنيد وابن البراج بطلانها لا يستلزم
بطلان البيع ولا يوجب فقدها الدينار وقال شيخنا دام ظله وقيمته لو تلف يوم تلفه ويحتمل اعلى القيم
اقول وجه الاول ان تعذر القيمة وقت وجوبها وهو يوم التلف اذ قبله يجب العين ووجه الثاني ضمانه
بالقبض فاشبه الغصب قال دام ظله ولو زاد في يد المشتري الاول ثم نقص في يده الى ما كان احتمل رجوع
المالك عليه بتلك الزيادة لانها زيادة في عين مضمونة وعدمه لدخوله على انتفاء العوض في مقابلة الزيادة
اقول هذا غني عن الشرح فان منع الكبرى الاول اجيب بانها مقبوضة بقبض العين اذ هو قبض

العين

العين على انه مالكها وما لك منافعها وهو مستعقب للضمان قال دام ظله وبسقط العوض على قيمة
المبيع واجارة المثل ومهر المثل من غير حصر على اشكال اقول منشأ من اطلاق الاصحاب وكون قيمة
المبيع ومن عدم استحقاق الزائد على السنة وانما يتسلط على ما يتحقق الفصل الرابع الاختلاف
قال دام ظله ولو اختلفا في قدر ما عيناه او وصفه بعد اتفاقهما على ذكره في العقد ولا بينة فالقول
قول البايع مع يمينه ان كانت السلعة قائمة وقيل ان كانت في يده قول المشتري مع يمينه ان كانت بالية
وقيل ان كانت في يده ويحتمل تقديم قول المشتري لانه منكر ويحتمل التحالف وبطلان البيع فيحتمل انتجاب
تقديم البايع في الاحلاف لعود الملك اليه فيحال التقوي والمشتري لانه منكر الزيادة والتساوي لان كلا منهما
مدع ومدعى عليه فان البايع يدعي الزيادة وينكر تملك المبيع بدونها والمشتري بالعكس فيفرع ويحتمل ان يحلف
منهما يمينا واحدة جامعة بين النفي والاثبات لقوله او يمينا واحدة على النفي فان نكل احدهما الى آخر المسئلة
اقول الاول قول الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف وابن البراج والثاني قول ابن الجنيد قال المشتري
للخيار في امضاء البيع وقال ابو الصلاح يلزم كلا منهما ما اقر به وخلف على ما انكره وفسخ البيع ولي و
الصحيح عندي هو التحالف لان كلا منهما مدع ومنكر احتج الشيخ بما رواه محمد بن ابي نصر عن رجل
عن الصادق عليه السلام في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري هو بكذا وكذا اقل مما قال البايع قال القول
قول البايع اذا كان الشيء قائما بعينه فاعلم ان ابن ادريس اختار اولا الشيخ ثم نقل عن ابن الجنيد وابي الصلاح تقديم
قول من السلعة في يده ووجه احتمال ان يحلف كل منهما اليمين الجامعة من حيث ان اليمين محذورة وقد نهي عن
تكرارها لقوله تعالى ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم ومحض الجمع ومن حيث ان اليمين انما هي حال الكول المنكر
ولان اليمين المثبتة للدعوى قاطعة وهذه ليست قاطعة قال دام ظله ولو كان المبيع تالفا وجبت
القيمة عند التحالف يوم التلف ويحتمل يوم القبض اقول وجه الاول انه وقت وجوبها ووجه الثاني
انه وقت دخول المبيع في ضمانه تمام قال دام ظله ولو زال التالف بان عاد الابق او فك الرهن او بطلت الكتابة بعد
دفع القيمة فالاقرب عود ملكا للبايع الى العين فيسترد المشتري القيمة اقول وجه القرب ان القيمة
انما اخذت للحيلولة لا معاوضة لاستراطها العقد وليس ويحتمل ضعيفا عدمه لان العين قبل رجوعها لم تخرج
عن الملكية فهو اما للبايع فهو محال والا لزم احد الامرين اما ملكا العوض والمعوض او عدم ملكه هنا العوض
بل جواز التصرف وكلاهما محال وليس لغيرهما فهي للمشتري على حد ملكا للبايع العوض وهو المطلوب فانه لم يجد

في الشرع انقطاع الملك بغير عقد ناقل الا في مواضع معدودة ليس هذا منها قال دام ظله والنماء المنفصل للمشتري على اشكال اقول للنماء ثلاثة اقسام آ المتجدد قبل الاقالة وفيه الاشكال من حيث

انا لاقالة فسخ البيع من الاصل والنماء تابع ومن حيث انه تجدد على ملكه والفسخ متجدد ب بعد الاقالة وقبل

اداء القيمة للبائع قطعا ج المتجدد بعد اخذ القيمة وقبل الوجدان وهو مبني على امر قال دام ظله ولو قال بعتك

والاصل يحتمل تقديم قول مدعي الصحة الى قوله لاصالة البقاء اقول وجه الاول اطلاق الاصحاب تقديم

قول مدعي الصحة اذا اختلفا فيها ولانه اقر بالبيع فلا يلتفت الى انكاره قال دام ظله لو قال وهبتني فقال

بل بعتنا فالاحتمال ان يحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الاخر ورد الى المالك وتقديم قول مدعي الهبة مع اليمين

اقول وجه الاول ان كلا منهما مدع ومنكر ووجه الثاني تصديق المالك على نقلها الى ملك مدعي الهبة وقد

ادعى وجوب مال في ذمته والاصل عدمه والاقوى تقديم قول المالك لان الاصل ان ملك المسلم المحترم

المحترم لا ينتزع عنه الا برضاه وقوله

كتاب الدين وتوابعه

وفيه مقاصد الاول في الدين قال دام ظله

ولو التجأ المدين الى الحرم لم تحرم مطالبته اما لو استدان فيه فالوجه الجواز اقول هنا اقوال

آ عدم الجواز مطلقا وهو قول الشيخ في النهاية ب عدم جواز المطالبة ان كان قرضه في غير الحرم ويجوز

ان كان قرضه فيه وهو قول علي بن بابويه ج انه ان طالبه خارج الحرم فهرب والتجأ الى الحرم لم يجز له مطالبته وان

دخل الحرم لا لذلك فوجده جاز مطالبته وهو قول ابن ادريس ووجه اختيار المصنف اما مع مطالبته اذا دائنه

خارج الحرم وهرب من المطالبة حانقا الى الحرم فلقوله تعالى ومن دخله كان آمنا ومن العموم ولما رواه

سماعة قال سألته عن رجل لي عليه مال فغاب عني زمانا فرأيته يطوف حول الكعبة اقتضاه قال لا تسلم

عليه لا تروعه حتى يخرج من الحرم وهذا يقتضي معنى النهي والنهي يدل على التحريم كما تقرر في الاصول واما جواز

مطالبته مع الاستدانة فيه فلوجود المسبب فيه ولانه لولاه للزم الحرج قال دام ظله ولو جهله اجتهد

في طلبه فان ايس منه قيل يتصدق به عنه اقول هذا قول الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج وقال ابن

ادريس يدفعه الى الحاكم اذا لم يعلم له وارثا فان قطع على انه لا وارث له كان للامام المسلمين لانه يستحقه

من لا وارث له وهذا هو الصحيح عندي لانه مع عدم الوارث يكون للولي والحاكم مع غيبته والا

فهو للامام قال دام ظله ويصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره فيجب على المدين دفع الجميع بلا كلفة

وانكان

وان كان الثمن اقل على رأي اقول هنا حكمان آ جواز بيع الدين باقل منه قال الشيخ وابن البراج ورد عليه

ابن ادريس واحتج بانه اذا كان ذهبا فباعه بعضهم بجزء لتفاضل وان باعه بعضه وجب التقابض وهو في غاية

الرداءة فان الشيخ لم يحصر الدين في النقدين ولا بمنعه فيهما وانما اطلق فيهما اعتمادا على ما قرره في موضع اخر من

منع التفاضل في الربويات ووجوب التقابض في الصرف ب لزام المديون بجميع الدين وان كان الثمن اقل منه وهذا قول

ابن ادريس على تقدير صحة البيع ولزومه واختيار اكثر الاصحاب وقال الشيخ لا يلزم المديون باكثر مما ورث المشتري

لما رواه محمد بن الفضيل قال قلت للرضا عليه السلام رجل اشترى دينا على رجل ثم ذهب الى صاحب الدين فقال له

ادفع ما لفلان عليك فقد اشتريته منه فقال ادفع اليه قيمة ما دفع الى صاحب الدين وبرئ الذي عليه المال من جميع

ما بقي عليه وصحة السند ممنوعة قال دام ظله اما لو شرط رهنا بدين آخر فالاقرب الجواز اقول وجه

القرب انه شرط لا ينافي القرض فهو سائغ ويحتمل عدمه لانه قرض جر نفعا ولانه كزيادة الصفة والحق عندي

اختيار المصنف هنا قال دام ظله لورد المقترض العين في المثلي وجب القبول وان رخص وكذا غير المثلي

على اشكال منشأه ايجاب قصد القيمة اقول وجه احتمال الوجوب القبول وجوب القبول انه اذا وجد المساوي

ودفعه وجب القبول ولا مساواة اعظم من مساواة الشيء لنفسه والاقوى عندي عدم وجوب القبول

بدله الا لزامه بالقيمة قال دام ظله وفي الرجوع بمنافعها اشكال اقول منشأه من ان

اباحة المنافع بغير عوض هنا معلول للدفع للتملك لا سقاط جميع انواعه الا هذا وقد يسقي واسقاط العلة يقتضي

اسقاط المعلول ومن دخوله في استيفاء المنافع بغير عوض ولانه المفرط قال دام ظله ولو تعذر الحاكم وامتنع

صاحبه من اخذه فالاقرب تعلا كه منه لا من المديون اقول وجه القربية انه لولا ذلك للزم الضرر

على المديون وقال عليه السلام لا ضرر ولا اضرار فالصغرى ظاهرة والكبرى مبينة ولانه يجب عليه قبول

المدفوع سليما وليس له طلب غيره ولا معنى للتعيين الا ذلك فالتعيين مستند الى الدفع ويحتمل عدمه لانه لا

تعيين الا بقبض المديون والا لم يشاركه باقي الديان لو حجر عليه للفلس بعد ذلك قبل القبض ولكان النماء له

ولانه لم يخرج عن ملكه بذلك والا لم يجز ابداله ومنع من التصرف فيه ويستحيل ضمان مال الغير في يده الا

بالخيانة ولا بد ولانه لو دخل في ملك المدفوع اليه لوجب عليه زكوته ووجوب القبض لا من حيث التعيين

بل لاشتماله على الماهية الكلية والاصح عندي ما هو الاقرب عند المصنف قال دام ظله ولو اقترض

دراهم ثم اسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه الا الدراهم الاولى فان تعذر فقيمتها وقت تحمله وقت

العرض من غير الجنس لا من الدراهم الثانية حذرا من التفاضل في الجنس المتحد اقول الاول قول
الشيخ في النهاية وابن البراج وابن ادريس في موضع من كتابه والثاني قول ابن ادريس في موضع آخر ووجه
الاول كونها من ذوات الامثال وحكم المثلي ما قلناه ولانه وقت القرض لو وجد مثل الدراهم الاولى لوجب
دفعها وان نقصت قيمتها عن وقت القرض ولانه وقت وجوبها ووجه الثاني انه من معاملات القرض واحكامه
فيثبت وقته ولان التعذر كاشف لانه تعالى علم في الازل تعذره ويستحيل التكليف بالمحال فقد علم الله تعالى انتفاء
شرط التكليف ويستحيل تكليفه بالمثل ولانه بتعذر المثل صارت كذوات القيم تضمن بقيمتها وقت القرض
وفيه نظر لتاخر التعذر عن وقت القرض فيلزم تقدم المسبب على سببه قال دام ظله ولو ضارب فالاقرب
ان راس المال الدراهم الساقطة مع احتمال جبر النقص بالربح اقول وجه القرب هو ان راس المال فلا يطالب
بغيره كما لو دفع فضة لم يكن له المطالبة بذهب ولانه نقص لم يحصل من التجارة ووجه الثاني انه نقص حصل بعد
دورانه في التجارة والاصل في ذلك انه هل يقال ما معنى الجبر انه حكم السلطان فعلى الاول هذا جبر آت وعلى الثاني
لا قال دام ظله ولو تعاملا بعد النقص والعلم فلا خيار وان كان قبل العلم فالوجه ثبوت الخيار للبائع سواء تبايعا
في بلد السلطان وغيره اقول وجه الثبوت انه نقص سابق على العقد ولم يعلم به فطريقه وطريق العيب واحد وهو
نقص المالية ولم يفرق لانه بينهما ووجه الثاني انه لم تزد فيه صفة ولا نقص منه صفة هي زيادة او نقيصة
عن المجرى الطبيعي فلا يكون عيبا وقد وقع عليها العقد **المقصد الثاني في الرهن وفيه فصول**

الاول في الصيغة قال دام ظله وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول نظر اقول
ينشا من انه لفظ دال على الرضا ويصح تقدمه ان قلنا به فصح ومن ان القبول متاخر عن القائل والمقبول بالذات
واشتراطه موجب متقدم فلو اتحدا لكان الشيء الواحد متاخرا عن آخر بالذات ومتقدما عليه بالذات
هذا خلف ولان القبول لا يكون موجبا للايجاب بالضرورة والشرط موجب والاقوى عندي ان القبول لا يصح تقدمه
على الايجاب مطلقا قال دام ظله اما لو شرط في البيع اذن فلان او بيعه بكذا فالوجه الصحة اقول
وجه الصحة ان اشتراط اذن فلان شرط وكالة في البيع عن الراهن فيصح لان مقتضى الرهن توقف بيعه على
اذن المالك او وكيله او الحاكم واشتراط اذن الغير اذن له في الاذن في البيع واما بيعه بكذا فانه ممكن
لابتناء المشروع والاصل الصحة ويحتمل البطلان فيهما لانه قد يتعذر الشرط وان جاز البيع خرج الشرط
عن كونه شرطا وان لم يخرج عن الوثيقة والتحقيق ان نقول هنا مقدمتان آ انه هل يشترط في الرهن جواز

بيع

بيع المرهون ام يكفي ملكية الراهن وكونه وثيقة لمنعه من التصرف خاصة والاصح الاول ويحتمل ضعيفا
الثاني وبالثاني ب انه شرط اذن الغير هل هو توكيل له في الاذن الاقوى ذلك لانه لو اذن في بيع ما علق جواز بيعه
باذن فلان صح ولم يعتبر اذنه ويحتمل العدم لعدم دلالة اللفظ عليه ان تقرر ذلك فنقول على الاحتمال
الثاني من المقدمة الاولى يصح مطلقا وعلى الاول منها يصح على الاول من الثانية ويحتمل على الثاني منها البطلان
لجواز تعذره والحق عندي جواز اشتراط اذن الغير لانه غير مخالف للكتاب والسنة ولا لعقد الرهن لانه
مع امتناع الاذن المشروط يقوم مقامه الحاكم وعند تعذره المرتهن والشيخ الطوسي رحمه الله ابطل هذا الشرط
فيهما لما تقدم والاقوى عندي البطلان في اشتراط بيعه بكذا قال دام ظله والرهن المدبر ابطال للتدبير
على راي اقول هذا قول الشيخ في المبسوط لان التدبير وصية ورهنه رجوع فيها قال وان قلنا ان الرهن
صحيح والتدبير بحاله كان قويا لانه لا دليل على بطلانه وقال في الخلاف يبطل ان قصد بالرهن فسخه وان لم يقصد
فسخه بطل الرهن قال وان قلنا انه يصح التدبير والرهن معا لانه لا دلالة على بطلان واحد منهما كان
قويا وقال ابن ادريس يبطل التدبير قال وان قلنا ان الرهن صحيح والتدبير بحاله كان قويا اذا تقرر ذلك
فنقول ذهب الشيخ في النهاية الى انصراف البيع او الرهن الى ما فيه فعلى هذا لو شرط رهن الحدثه صح عند الشيخ
رحمه الله ولم يصح عند الباقين قال دام ظله او الرهن عند المسلم وان وضعها على يد ذمي على راي
اقول ذهب الشيخ في الخلاف الى الجواز وليس بجيد لان الذمي نائب المسلم والحق المتعلق بها له قال
دام ظله ولا العبد المسلم او المصحف عند الكافر فان وضعا على يد مسلم فالاقرب الجواز اقول وجه القرب وجود
المقتضي وزوال المانع اما الاول فلان المقتضي ملك الراهن وسلطنته ورشد المتعاقدين وتكليفهما والايجاب
والقبول واما الثاني فلانه لا مانع الا الكفر وهو انما يمنع اذا استلزم ثبوت سبيل الكافر على المسلم او المصحف وهو
ظاهر لكنه لا يستلزم ذلك اذ الرهن ليس تمليكه الا باستحقاق ملكه ليستلزم اشياء آ منع المالك عن التصرف وذلك
ليس بسبيل للغير لانه ممنوع ايضا وليس ما لك ب تعين جهة ابقاء دينه منه وتجوز ابقاؤه للكافر من
ثمن المصحف او المسلم ج استحقاق انتفاع في دينه والبائع هو الوكيل او الحاكم وعلى تقدير ليس هو
بسبيل كالموت ولم يختلف عنهما اذ حجر عليه لدين الكافر وليست سراية ويحتمل ضعيفا عدمه لان الرهن اثبات
المرتهن على المرهون وهو سبيل ولانه من السبيل نافت وهو اختيار ابن الجنيد والاقوى الاول قال دام ظله ويجوز
رهن ام الولد في ثمن رقبتها مع اعسار المولى اشكال اقول ينشا من منع الاصحاب من اخراجها الا ولاد وجوز اشاره

فيمتنع البيع فيبطل الرهن ومن جواز البيع في ثمن رقبتها فالرهن عليه اولى قال دام ظله ومع يساره اشكال
اقول مبني هذه المسألة على انه هل يشترط في الرهن التمكن من البيع بالفعل دائما او امكانه في الجملة يحتمل الاول
لان الغاية منه استيفاء الدين من الثمن ولان الوثيقة لا تحصل الا به ويحتمل الثاني لان منع المالك عن التصرف
في ملكه وامكان البيع في الجملة يدعو المالك الى القضاء وامكان البيع في الجملة هنا حاصل لجواز زوال المانع
وانما شرطنا الامكان ليخرج الوقف لانه لا يمكن بيعه دائما اي ما دام موجودا والحق عندي الاول فعلى الاول
لا يجوز رهن ام الولد هنا قطعا وعلى الثاني وهو مراد المصنف هنا ينشا الاشكال ان الرهن ليس باخراج عن الملك
وجواز الاعسار وجواز موت الولد وليس من لوازم الرهن البيع قطعا ومن حيث ان الرهن اثره امكان استيفاء
الدين منه او من ثمنه ولا يمكن الا بالنقل عن ملك الراهن الى غيره وكونها ام ولد مضاد له لا يمكن اجتماعه معه وامتناع
الاجتماع مع اللازم يستلزم امتناعه مع الملزوم وكونها ام ولد ثابت فينتفي الرهن ولا يصح عليه وهذا معنى
البطلان ووجه قوة الاشكال انه لم يجز بيعها في الحال والرهن اضعف وهنا لا يجوز بيعها قال دام ظله وعلى
الثمن اشد اشكالا اقول وجه الاشكال ما تقدم ووجه شدته ان امكان البيع ثم اقرب واعلم ان ابن الجنيد
ذهب الى جواز رهن ام الولد مطلقا والاصح عندي انه لا يجوز مطلقا قال دام ظله ورهن الام
دون ولدها الصغير وان حرمنا التفرقة وحينئذ اما ان يبيع للام خاصة ويقال التفرقة ضرورية او نقول
يباعان ثم يختص المرتهن بقيمة الام فيقوم منفردة فاذا قيل مائة ومنضمة فيقال ما يزيد عشرون فقيمة
الولد منفردا السدس ويحتمل تقدير قيمة الولد حتى يقل قيمته فاذا قيل عشرة فهو جزء من احد عشر اقول
هنا احكام ثلثة آ رهن الام دون ولدها الصغير وهو جائز اجماعا ب البيع في الرهن فنقول اما ان يحرم
التفرقة او لا وعلى الثاني ان باعها المالك فالافضل جمعهما في البيع ويجوز افرادها وان بيعت عليه كما لو باعها
الحاكم في الدين بغير اذنه لتعذره منه مثلا بيعها منفردة قطعا وعلى الاول وهو تحريم الافراد ان باع المالك فلا
اشكال في وجوب الضم وان بيعت عليه جبرا احتمل ان يقال بالتفرقة ضرورة لان علة جواز البيع الرهن وهو مختص
بها ويحتمل ان يبيعهما الحاكم اما هي فبالرهن واما الولد فلتوقف صحة البيع عليه ج التقويم وقد ذكر فيه
وجهين وجه الاول ان الرهن انما يقوم بصفاته التي هي رهن عليها وهي انها رهنت منفردة وجمعهما في البيع
كما لو ضم المالك الى الرهن شيئا آخر وباعهما والجمع بينهما في البيع لازم عن التفريق لا لزيادة القيمة ووجه الثاني
انه انما رهنها والولد منفرد عنها غير مستحق لترتيب فيقوم الولد وحده فيكون ضائعا محتاجا الى من يربيه

فيقو

فيصل بثمنه وهو الاصح عندي قال دام ظله ويصح رهن المرتد وان كان عن فطرة اشكال اقول هذا الاشكال
مبني على الاشكال السابق في بيعه ثم ان قلنا بالصحة احتمل هنا المنع ايضا لجواز الانتفاع به في البيع منفعة خالية
خلاف هنا قال دام ظله لو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الاجل فان شرط بيعه وجعل الثمن رهنا صح وان شرط
منعه بطل وان اطلق فالاقرب الجواز فيباع ويجعل الثمن رهنا ولو طرا ما عرضه للفساد فكذلك اقول
وجه القرب ان الاذن في البيع معلوم بقرينة الظاهر وهو قصد كل احد حفظ ماله ويحتمل عدمه لان البيع
قبل المحل ليس من مقتضى الرهن ولم ياذن فيه فلا يجوز البيع فلا يصح ولو طرا على الرهن ما عرضه للفساد كتعفن
الحنطة وجب بيعه وجعل الثمن رهنا قطعا قال دام ظله ولو نذر العتق عند شرط ففي صحة رهنه قبله
نظر اقول ينشا من انه مملوك والاصل الصحة ومن ان كل رهن وثيقة لقوله عليه السلام الرهن وثيقة لدين
المرتهن وهذا ليس بعده بالضرورة لانه معرض للخروج عن الرهنية في كل وقت فهو مساو في الوصف ولان مقتضى
الرهن وجوب دوامه بدوام العين الى الاستيفاء لانه معنى الوثيقة والنذر يقتضي امكان زوال الملك في
الرهن في بعض اوقات الوصف وتناقض المعلولات يقتضي امتناع اجتماع العلل والنذر ثابت فينتفي الرهن
واعلم ان هذه المسألة مبني على مسألتين آ انه هل يجوز بيع هذا ام لا ب انه هل يشترط امكان البيع في صحة الرهن
ام لا وكلاهما قد تقدما قال دام ظله ولو جمع خمرا اراقها فتخللت في يده ولو غصب خمرا فتخللت في يده
فالاقرب انه كذلك اقول وجه القرب زوال ملك الاول عنها فيكون لصاحب اليد كسائر المباحات التي لا مالك
ولا يد لاحد عليها ويحتمل عود الملك الى المغصوب منه لان له عليها حقا ولهذا له اثبات يده وهو الاولى بالتخليل
والحق عندي الاول قال دام ظله يجوز ان يستعير مالا ليرهنه فيذكر قدر الدين وجنسه ومدة الرهن
فان خالف فللمالك الفسخ والاولى ولو رهن على اقل صح وعلى اكثر يحتمل البطلان مطلقا وفيما زاد اقول
وجه الاول انه خالف المتعرض عليه فبطل ووجه الثاني انه بمنزلة ما اذا رهن ما يملك وما لا يملك وهو ظاهر
قال دام ظله وللمالك مطالبته بالفك عند الحلول وقبله على اشكال اقول ينشا من انه عارية فله المطالبة
متى شاء ومقتضى العارية عدم اللزوم ومن انه اذن في عقد لازم فلزم واعلم ان هذا البحث على تقدير احد امرين
آ ان يدل المرتهن بقيمته من قول قبض الدين والفك قبل الاجل ب ان نقول انها عارية لا يلزمها الرهن لان ماهية
العارية يقتضي عدم اللزوم اما على تقدير كونه كالضمان لدين في عين باذنه فلا مطالبة له قبل الاجل واعلم
ان بعضهم جعلها عارية واستثناها لانا نصنعه عقد العارية وهو مغاير لعقد الضمان ومباين له

وبعضهم جعلها ضمان دين في غير خاصة من غير تعلق بالذمة لان العارية تقتضي استيفاء المنفعة
مع بقاء العين لا تقتضي بيعها ومقتضى هذا العقد ومنفعته مع العين واخراجها عن الملك فبان العارية وان
شابهه صورة ولا استبعاد في استعمال الشارع صيغة عقد في اخر مجازا قال دام ظله وللمالك الرجوع
في الاذن قبل العقد وبعده قبل القبض ان جعلنا القبض شرطا ولو تلف في يد المرتهن فالاقرب سقوط الضمان عنه
اقول هذه المسئلة موضع اشتباه قال المصنف دام ظله في الدرس حيث حققنا البحث عليه ان هذه المسئلة
فرع على قوله وللمالك مطالبته بالفك عند الحلول وقبله اشكال تقريره ان بعد الحلول اذا كان الراهن موسرا
بالدين فللمالك الزامه بالافتكاك فاذا جعلناه عارية او غلبنا عليه العارية كان اختيار والدي والمحققين في اطلاق الرجوع
فيها قبل الافتكاك قيل نعم لان العارية لماهيتها يقتضي عدم اللزوم فاذا رجع فله مطالبة المرتهن اذ يلزم
المديون بالاداء او برهن غيره يقوم مقامه ليتخلص له عين ماله اذ قبض المرتهن مبني على العارية وقد بطلت فاذا
اهمل المرتهن وامسك الرهن في يده ضمن والاقوى انه ليس له ذلك لانه اذن في عقد لازم فيلزم فلا يضمن المرتهن
وهو الاقرب بل هو الاصح فهذا وجه قول المصنف فالاقرب سقوط الضمان عنه واما قبل الحلول فعلى تقدير
ان يدفع الراهن هل يجب على المرتهن القبول يحتمل ذلك لانها عارية لا يلزم فلا يلزم المسمى عليها والاصح انه لا يجب
فعلى الاول اذا لم يأخذ المرتهن فتلف في يده ضمن وعلى الثاني لا يضمن وهو الاصح قال المصنف والدي دام
ظله ويمكن توجيه هذه المسئلة بان نقول على القول بانها عارية له الرجوع فيها مطلقا فلا يبطل الرهن
فلا يجوز للمرتهن امساك العين بل يجعلها بقول الحاكم او باتفاقهما عند عدل ينصبه الحاكم لبعضها فان لم
يفعل المرتهن كان ضامنا والاقوى انه ليس له الرجوع لانها لازمة للذمة ومتلوويها وهو الرهن فلا يضمن
قال دام ظله ولو لم يرهن ففي الضمان اشكال اقول منشأه نص الاصحاب على انها عارية مضمونة
وهو يقتضي الضمان بالقبض في الابتداء ولانه قبضها للاتلاف في دينه فصار كالمقبوض بالسوم ومن حيث
ان العارية امانة فلا يضمن الا بالرهن ولانه انما يضمن هنا بالتعريض للاتلاف وسببه الرهن والمسبب لا يتقدم
على السبب والاقوى عندي ضمان المستعير بمجرد القبض قبل الرهن وبعده لانه يقضي به دينه باذن فيدخل في ملكه بعوض
فصار كالمعاوضة قال دام ظله لو رهن ماله الرجوع فيه قبله لم يصح على اشكال اقول بيانه من انه ليس
ملكه قبل الرجوع فيه كالغانم قبل القسمة ومن انه ملكه والرهن لا يصح الا لسببية الملك لانه مشروط به فيتأخر
عنه فلو كان علة فيه لتقدم عليه فيلزم الدور ويحتمل الصحة لانه يصدق كل ملك يمنع غير من هو له من التصرف

فيه

فيه فهو ملك لازم وليلزمه كلما ليس بملك لازم فهو ليس بملك مانع غير من هو له من التصرف فهذا الملك ليس بلازم
فلا يمنع ولا مانع غيره والجواب عن الاول ان الجزء الاول من عقد الرهن علة في الرجوع والملك مجموعه
علة لصحة الرهن وهو مشروط بالملك فلا دور وهذا الاصح عندي قال دام ظله ولو رهن الوارث التركة وهناك
دين فالاقرب الصحة وان استوعب اقول وجه القرب انه تصرف صادف ملكه ولهذا لو اداها الدين من غير التركة
فنمت كالعبد كالجاني خطأ ويحتمل عدمه لان الدين تعلق بها ولهذا بالانتقال بعد اداء الدين ولو سلم فهو ممنوع منه كما منع الراهن
فيبطل هاهنا بين المسئلتين وعلى القول بالصحة فان لم يؤد الدين فقد حق الديان على تصرفه وابطل
والاقرب عندي عدم الصحة لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين فالمعلق اما الملك وجواز
التصرف وهما اولا واحد منهما والاخير باطل ويستحيل تعلق الملك مع بقاء جواز التصرف مطلقا وهو
ظاهر فتعين احد القسمين الباقيين واياما كان امتنع صحة التصرف قبله ولان التقدم في قوله من بعد
هو التقدم الذي زاده المتكلمون وهو الماهية لا يجامع المتقدم كتقدم عدم الحادث على وجوده و
تقدم بعض اجزاء الزمان على بعض فلا يثبت جواز تصرفه حتى ينتفي المتقدم وهو المطلوب **المقصد
الثالث في العاقد** قال دام ظله ولو تعدد المرتهن واتحد العقد من الواحد فكل منهما مرتهن
للنصف خاصة وفي التقسيط مع اختلاف الدين اشكال اقول بيانه من انه شرك بينهما فيقتضي
التنصيف كما لو شرك بينهما في الملكية ومن ان الرهن يقتضي قضاء الدين المرهون عليه منه من غير بقاء
شيء من الدين مع الوفاء فاذا رهن على دينيهما اقتضى بقاءها من عنه وانه لم يكن رهنا على كل الدين فبطل الوفاء
والتصرف في الدين الا الاكثر وكلما لم يجب صرفه منه في الدين مع بيعه في الدين لم يكن متعلقا به و
يلزمه قولنا كلما صرف منه في الدين مع بيعه تعلق به واكثر الثمن من الاكثر مع تساوي الاجزاء فيكون
الدين الاكثر متعلقا بالاكثر وهو المطلوب فان احدا من الفقهاء لم يفرق بين تساوي الاجزاء ومختلفها
قال دام ظله ولو امكن الرهن ففي لزوم العقود نظر والاقرب اللزوم من جهة الراهن قبل الفك
اقول منشأه من انها لم يكن لازمة اصلها ومن وجود المقتضي وهو العقد وزوال المانع وهو حق
المرتهن او الرهن وهذا هو وجه قرب لزومها من جهة الراهن اذ الراهن لان المانع هو حق المرتهن
لاجله ويحتمل عدمه لان الرهن منع اللزوم وهو متحقق والاقوى عندي اللزوم من جهة الراهن مطلقا
قال دام ظله ولو جاز ارتهانه ثانيه ففي كونه فسخا لرهنه مطلقا او فيما قابل الدين الثاني او العدم

متعلقا نظرا أقول وجه الأول ما في الرهن من الاقتضاء الرهن اختصاص المرتهن وتقدمه وما في اللوازم
يستلزم منافي الملزومات والمرتهن الأول قد أجاز الرهن الثاني ورضي به فيبطل رهنه ووجه الثاني أن المقصود
استيفاء الدين وهو ممكن هنا فلا منافاة ولا مزاحمة ووجه الثالث انتفاء دلالة المطابقة والتضمن وهو ظاهر
والالتزام لأنه لا مانع من تعلق دينين بعين واحدة ويتقدم أحدهما على الآخر ويكون الفائدة في أنه لو قضى المرتهن
الثاني حقه بقي حق المرتهن الأول وكذا لو أسقط الثاني حقه قال دام ظله ولو لم يعلم الأول حتى مات الراهن
ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الأول من دون الغرماء إشكال أقول ينشأ من أنه لم يقع باطلا في أصله لوقوعه
موقوفا على زوال المزاحمة للأول وقد زال في الفاضل فيقدم لسبق تعلقه على تعلق الديون الأخر ولأنه كان لازما
من جهة الراهن على ما تقدم من أقوى الاحتمالين ومن أنه لم يكن عقدا لازما ولأنه حال وجوده كان ممنوعا من
التصرف وفي هذه الحالة لا يعتبر تصرفه فيمنع الحق الديان قال دام ظله ولو أذن في الهبة فوهب فرجع قبل
الإقباض صح الرجوع على إشكال ينشأ من سقوط حقه بالإذن وعدمه أقول وجه سقوط حقه بالإذن أن الرهن
يمنع المالك من التصرف فإذا [?] لنا قبله والثاني قد يجامع الرهن بإذن المرتهن فلا يسقط حقه فأما الأول فلا يجامعه
كما إذا وهب الراهن فتقدم بيع الرهن ودفع اللازم يستلزم دفع الملزوم ووجه عدمه أن المسقط للرهن النقل بالفعل
فهو المنافي لا إمكان النقل والإذن يفيد الثاني لا الأول قال دام ظله ولو أحبلها الراهن لم يبطل الرهن
وإن كان بإذن المرتهن وإن صارت أم ولد وفي بيعها إشكال أقول ينشأ من تعلق حق المرتهن ببيعها قبل الاستيلاد
والأصل بقاؤه فصار تعلق الدين بها أعظم من تعلق منعها [?] ومن النهي عن بيع أم الولد وهذه
أم ولد وبعد الاستيلاد أولى من نفوذ الإعتاق لأنه فعل والأفعال أشد نفوذا لأن كليهما سبب والفعل
أقل شرطا ولهذا ينفذ استيلاد المجنون والمحجور عليه ولا ينفذ إعتاقهما وينفذ استيلاد المريض من الأصل وإعتاقه
من الثلث والفائدة حينئذ منعه من التصرف حتى يؤدي الدين قال دام ظله وفي اعتبار القيمة يوم التلف أو
الإحبال أو الأعلى نظر أقول وجه الأول أنه إنما ضمن القيمة عوض العين لتعذرها فضمنها وقته وهو يوم
التلف ووجه الثاني أنه سبب التلف فصار كما لو جرح عبدا قيمته مائة وبقي ضمنا حتى مات وقيمته عشرة فإنه
يضمن المائة ووجه الثالث أنه ممنوع من التصرف فينزل منزلة الغصب قال دام ظله ولو باع الراهن فطلب
المرتهن الشفعة ففي كونه إجازة للبيع إشكال أقول منشؤه من أن الشفعة مترتبة على البيع وطلب
المعلول والرضا به من دون الرضا بالعلة لا يمكن فطلبه لها رضا بالبيع ومن أنه طلب بثبوت ملكه وإزالة ملك

المشتري

المشتري عنه وطلب مساوي الفسخ في إزالة ملك المشتري الذي هو المقصود من الفسخ بل هنا أقوى فلا يثبت
عليه ضده لأنه إنما صدر منه المساوي والتحقيق أن هذه المسألة مبنية على أن الشفعة هل تستحق بمجرد العقد أم
بلزومه فإن قلنا بالأول لم يكن إجازة ولم تسقط الشفعة لأن الرضا بالبيع الذي تضمنه طلب الشفعة لا يسقط
الشفعة وإلا لم يثبت شفعة أصلا وإنما لم يكن إجازة لأنه لا يدل عليها بالمطابقة ولا التضمن ولا الالتزام لجواز العقد
عن كونه هنا فهو أعم ولا دلالة للعام على الخاص وإن قلنا بالثاني كان إجازة فتبطل الشفعة لأن طلبها بذلك
على إجازته لتلزم الشفعة وإلا لم يصح الطلب **المقصد الرابع في الحق** قال دام ظله ولو صح رهن
الأعيان وإن كانت مضمونة كالغصب والمستعار مع الضمان والمقبوض بالسوم على إشكال أقول ينشأ من أنه
يصدق كل مرهونه يمكن استيفاؤه من المرهون لأن المقصود الذاتي من الرهن ذلك لأن هذه الأعيان يمكن استيفاؤها
من ثمن المرهون الضرورة فلأنه من المرهون يتعين بالضرورة ويلزمه عكسه إلى المطلوب ولو رهن على قيمتها إذا تلف
فهو رهن على ما لم يجب ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب ومن أن المقصود من الرهن التوثيقة بالحق ومنع الراهن من
التصرف حتى يؤدي المرهون به فيضر بالمنع من ملكه كما يضر صاحب الحق منعه من المرهون فيه فيتوصل إلى إزالة
ضرره بإزالة ضرر المالك ولأن الرهن يقتضي تعلق الدين أو بدله عند تعذره بالعين المرهونة وبدلها عند
تعذرها والثاني هنا متحقق ولصحة ضمانها على أحد الاحتمالين ولأنه يستحيل استيفاء الحق الثابت في ذمة المديون
من الرهن بالمثل أو بدله عند تعذره فكذا هنا والأصح عندي الصحة قال دام ظله ولو شرط في الرهن سبب
الدين في عقد ففي الجواز إشكال ينشأ من جواز اشتراطه في العقد فتتركب من شيئه أكد ومن توقف الرهن على تمامية
الملك بعدم السبب فيقول بعتك العبد بألف وارتهنت الثوب فيقول اشتريت ورهنت أقول قال الشيخ رحمه الله
في هذه المسألة بالصحة واستشكله والدي هنا والأقوى عندي عدم الصحة لأن استحقاق الدين شرط
الصلاحية عقد الرهن وكل جزء منه للصحة كمقارنة المتعاقدين لأنه لا يمكن أن يقع عقد رهن على ما قبل استحقاقه
ويكون موقوفا على الاستحقاق بإجماع المسلمين فمتى حكم مع سبب الدين في عقد يستلزم وقوع أحد جزئي عقد
الرهن قبل تمام سبب استحقاق الدين فلا يصلح للصحة وإلا ليتقدم المشروط على الشرط فيدور وهو معنى
وقوعه باطلا وكلما وقع أحد جزئي العقد باطلا كان باطلا وهو المطلوب كذا لو قال بعتكه هذا وارتهنته
بكذا قيل لا يصح وهو اختيار الشيخ في المبسوط لأن الرهن يتبع الضمان وكونه مبيعا يتبعه وهو مناقض ولكن يجيد
لاختلاف الاعتبار وقيل يصح لأنه لا أقل من أن يكون فضوليا ثم يلزم بحصول شرط الصحة وهو الأقوى عندي قال دام

ظله والاقرب جواز الرهن على مال الكتابة اقول اما الكتابة المطلقة فلا كلام في جواز الرهن على مالها
واما المشروطة فمنعه الشيخ الطوسي في المبسوط وتبعه ابن البراج وابن ادريس والوجه الجواز لانه دين ثابت
في الذمة فيجوز اخذ الرهن عليه كالمطلق احتج الشيخ بان مال الكتابة المكاتب مخير في ادائه وعدمه وكلما
كان كذلك لم يكن ثابتا في الذمة ينتج ان مال الكتابة ليس ثابتا في الذمة اما الصغرى فلان له تعجيز نفسه متى شاء فليس
للمكاتب حينئذ الا الفسخ واما الكبرى فظاهرة والا لم يبق فرق بين الثابت في الذمة وغير الثابت ولانه
كلما كان مخيرا في ادائه وعدمه لم يجب عليه اداؤه لان الوجوب يستلزم المنع من العدم وكلما لم يجب اداؤه
فليس ثابتا في الذمة وكلما كان مخيرا في ادائه وعدمه لا يكون ثابتا في الذمة وكلما ليس ثابتا في الذمة لا يصح الرهن
عليه وينتج كبرى لسهم الاولى ان مال الكتابة لا يصح الرهن عليه والجواب المنع من الصغرى في الاول للزوم
الكتابة بمنافات الشرط ومنع كلية الكبرى فانه يكون مخيرا في ادائه مع ابطال عقد قضاء عنه كونه ليس ثابت
فيه ومنع كونه مخيرا مطلقا بل قبل الفسخ لو حصل له مال اخذه المولى **المقصد الخامس في القبض** قال دام ظله
وليس شرطا على راى اقول هذا قول ابن ادريس والشيخ في الخلاف وموضع من المبسوط وقال في النهاية وموضع من المبسوط
انه شرط وهو اختيار المفيد وابن الجنيد وابي الصلاح وابن حمزة وابن البراج وسلار وابي منصور الطبرسي لنا الاصل
عدم الاشتراط وعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود احتج المشترطون بقوله تعالى فرهان مقبوضة و
برواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال لا رهن الا مقبوضا والجواب الاية تدل من حيث دليل الخطاب
وليس حجة على انا دليله اما اولا فلان القبض لو كان شرطا كالايجاب والقبول لكان قوله مقبوضة
تكرارا لا فائدة فيه وكما لا يحسن قوله مقبولة كذا مقبوضة واما ثانيا فلان الاية سبقت لبيان الارشاد
الى حفظ المال ولا يتم الا بالاقباض كما لا يتم الا بالارتهان والاحتياط يقتضي القبض كما انه يقتضي الرهن وكما ان
الرهن ليس شرطا في الدين فكذا القبض ليس شرطا في الرهن والرواية ضعيفة السند والاصح عندي عدم اشتراط
القبض قال دام ظله وهل له المطالبة به اشكال اقول منشأه من انه للاستيثاق ولا يتم الا به ومن انه يحصل
بمنع المالك منه وبعمله اما لو قلنا باشتراطه لم يكن له الزام المالك بالاقباض لانه موقوف على لزوم الرهن
الموقوف على القبض فيدور وهو باطل وقال في المبسوط في فصل بيع الخيار يلزم الراهن اقباضه قال دام ظله
والاقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصبا ويحتمل الضمان لان الابتداء اضعف من الاستدامة ويمكن اجتماعه مع الرهن
كما لو تعدى المرتهن فلان لا يرفع ابتداء الرهن دوام الضمان اولى اقول وجه القرب ان سبب الضمان الغصب وقد زال

بالاذن في ابقائه في يده فيزول المسبب وهو الضمان وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط لا يزول الضمان وقد
ذكر المصنف وجهه وفي توجيهه نظر والتحقيق ان نقول اختلف المتكلمون في احتياج الباقي الى المؤثر على قولين
احدهما ان الباقي يحتاج الى المؤثر فعلى هذا القول نقول ذهب كثير من الفقهاء الى اشتراط القبض في صحة الرهن
واجمع الكل على ان كل ما يشترط في صحته القبض فلا يصح القبض ولا يعتبر الا باذن المالك فاذا قبض
المالك زال الغصب وعدم السبب يستلزم عدم المسبب ولم يوجد سبب آخر للضمان فلا يتحقق واعلم ان
استدامة القبض كافية في الرهن لقوله تعالى فرهان مقبوضة والمستوثق يصدق مع بقاء المعنى واما على القول
بان الباقي مستغن عن المؤثر يحتمل زوال الضمان بالرهن لدلالته على الاذن في ابقائه في يده فزال كونه ظالما
وهو سبب الضمان ويحتمل ان لا يزول لان الباقي على القول باستغنائه لا يزول الا بضده ولم يوجد وعلى قول
من لم يشترط القبض في الرهن لا يزول الضمان الا بالاقباض المستأنف ان قلنا باستغناء البقاء او لا بالاذن
ان قلنا باحتياجه قال دام ظله ولو اودع الغاصب او آجره فالاقرب زوال الضمان اقول
وجه القرب انه جعله وديعة وهي امانة ويحتمل عدمه كما ذكرنا في الرهن والتحقيق هنا ان الضمان يزول لانا انما
ان صح الوديعة او لا فان صحت فهي منافية للغصب ووجود احد المتنافيين يستلزم رفع الاخر وهي اقوى في
الاستيمان من الرهن لان المستودع فائدته الكل في الحفظ ويقبل قوله عليه في الرد من غير بينة لان يده
يده ولدلالة الايداع على الاستيمان والاستنابة في اليد وهما منافيان للغصب والاقوى عندي زوال
الضمان هنا وفي العارية لانه مأذون والمستأجر والمستعير في التصرف بعينه في استيفاء المنافع
قال دام ظله وفي العارية والتوكيل بالبيع والاعتاق نظر اقول منشأه في العارية من انه
اذن في القبض صريحا فزال التسليط لعاديته ومن الذي مر في الرهن واما في التوكيل فمن انه جعل يده كيده
ومن حيث انه لا يدل على التسليط على القبض والامساك والعارية اولى بالسقوط والاقوى عندي انه لا يسقط
الضمان بمجرد الاذن فيهما بل ولا في كل ما لا يستلزم المأذون فيه اثبات اليد قال دام ظله ولو ابرء
الغاصب من ضمان الغصب والمال في يده فاشكال منشأه ان الابراء مما لم يجب ووجود سبب وجوبه لان الغصب
سبب وجوب القيمة عند التلف والاقرب انه لا يبرأ ولا يصير يده يد امانة اقول منشأه من ان الابراء مما لا
يجب فلا يصح ومن وجود سبب وجوبه لان الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف ووجود السبب كوجود
المسبب والاقوى الاول لان اثر ما لم يوجد لا يمكن قال دام ظله اما المستعير المفرط والمشروط

عليه الضمان والقابض بالسوم او الشراء الفاسد فالاقرب زوال الضمان عنهم بالارتهان لان ضمانهم
اخف من ضمان الغاصب اقول يحتمل عدمه لما ذكر في الغصب والاقوى عندي بزوال الضمان بالتفريط
الا ما مر في الرهن واما العارية المقتضية للضمان فيبقى ما دامت باقية وسقوط الضمان في المقبوض بالسوم
والبيع الفاسد قال دام ظله ويجري مجرى النيابة كل عقد لكن لا يجوز للمرتهن استيفاء ما للراهن وهل للمساقي
عند الراهن ومستولدته اشكال ينشأ من انا بدينهم بعده اقول هذا وجه عدم الجواز ووجه الجواز ان توكيله للغير توكيل
كيلا لمولاه ولذا اهلية التوكيل باذن المولى فليستنيبه مولاه فيما سوى العين فيه فلا يلزم من توكيله توكيل
طرف القبض بخلاف المولى قال دام ظله ولو انقلب خمرا قبل القبض فالاقرب الخروج اقول وجه القرب انما
هو ركن من اركان العقد يكون في حكم ابتداء التصرف ويشترط شروطه فاذا كان القبض شرطا في صحته
كان ركنا من اركانه فيشترط في حال ثبوته شرائط صحة ابتداء التصرف وعدمه مانعه والخمر لا يصح ابتداء
التصرف عليه فيبطل لانه متى تخلل بين اركان العقد بطل الملك بطل هذا مذهب الشيخ وابن البراج ويحتمل
عود الرهن لعود الملك لانه تابع له وقد عاد فيعود والاصح عندي البطلان قال دام ظله ولا يجوز تسليم
المشاع الا باذن الشريك فلو سلم بدونه ففي الاكتفاء به في الاعتداد نظر اقربه ذلك للقبض وان تعدى في غير
الرهن اقول ويحتمل عدمه لان شرع السائغ وهذا غير سائغ والتحقيق ان هذا الخلاف راجع الى ان
النهي في غير العبادات هل يدل على الفساد ام لا والاصح عندي على القول باشتراط القبض لصحة
هنا قال دام ظله ولو اختلفا في التصرف قدم قول من هو في يده ولو اختلفا في الاذن احتمل ذلك وتقديم
الراهن مع اليمين اقول اشار بقوله ذلك الى تقديم قول من هو في يده ووجهه انه لو كان في يد الراهن
والاصل عدم الاذن وان كان في المرتهن فالاصل صحة العقد والقبض ووجه الثاني اصالة عدم الاذن
قال دام ظله لو جعلا على يد عدلين جاز وليس لاحدهما التفرد به ولا ببعضه ولو سلمه احدهما الى الاخر
ضمن النصف ويحتمل تضمين كل منهما الجميع وفي استقراره على ايهما اشكال اقول وجه الاول وجوب
عوض واحد له وهما متساويان في سبب الضمان لان كلا منهما مفرط ومتعد فعلى كل واحد منهما النصف
مستقرا عليه ووجه الثاني ان كلا منهما مستودع بالجميع ولكل جزء منضما الى الاخر ولهذا لا يصح الاقتسام
فاذا سلم احدهما فرط في الجميع من حيث حلا نظره ومنشأ الاشكال في الاستقرار ان من سلم ليد عادية والاخر
تارك للحفظ ومتعد بالتسليم الى الثاني واليد العادية اقوى في الضمان من تارك الحفظ وهو اولى بالاستقرار

مع المعارض وكان الاول كالمباشر والثاني كالسبب لان الثاني ساواه في سببية الضمان مع المباشرة و
والسببية للاتلاف فالاول اقوى فساوى الاقوى ولان الضمان واستناده لليد وجودي وترك الحفظ عدمي
وسببية الوجودي للوجودي اقوى واولى من سببية العدمي له واما تسليمه اليه فاليد العادية سبب
التضمين والتسليم مع كونها علة تامة في التضمين فكانت اقوى واولى في التضمين من التسليم وان الوديعة لا يتعقب
الضمان للمودع لان يد المستودع ليست عادية بالنسبة اليه ولا مضمونة بغير العدوان كالغاصب من الغاصب
فانه ازال تمكينه من الدفع الى المالك والمشتري العالم من الغاصب فانه انما اخذه بعوض للغاصب فقد
جعلها مضمونة له وغير ذلك ويده مساوية ليده لانها استنابة في الحفظ فضمان تلفها كضمان تلفه فلا
تضمن مثبت اليد الدافع اليه مع تضمين الدافع ولا العكس ولان كل واحد منهما سبب تام في التفريط وتمامها
من غير التفات الى الاخر وان المسلم بمجرد ترك حفظه يضمن سواء اثبت الاخر يده منفردة او لا واثبات الاخر يده
منفردة سبب تام في التضمين سواء فرض كون الاخر مسلما اولا فلا يرجح احدهما على الاخر فيستقر الضمان
على من ضمنه المالك منهما وهو الاصح عندي قال دام ظله ولو اتلف الرهن اجنبي فعليه القيمة يكون رهنا
في يد العدل وله المطالبة بها وهل له بيعها بالاذن في بيع الاصل الاقرب المنع اقول وجه القرب انما
اذن في بيعه وقد تلف فيبطل الاذن لانه لو كان لم يبطل تعلق بمتعلقيها وقيمته غيره ويحتمل الجواز لانه انما اذن
في الحقيقة في قضاء دينه بما تعلق الرهن وخصوصية العين تابعة والاقوى المنع قال دام ظله ولو تلف
الثمن في يده من غير تفريط فلا ضمان والاقرب انه من ضمان الراهن لانه وكيله ويحتمل المرتهن اما الاول لانه وكيله في بيع
والقبض ويحتمل المرتهن لان البيع لاجله فيكون وكيله في قبض الثمن وفيه نظر والاصح الاول لانه لا يلزم من كون
البيع لاجله كونه وكيله في القبض قال دام ظله ولو ادعى قبضه من المشتري وخالفاه احتمل المساواة لانه
امين فهو امينه دون المشتري وتقديم قولهما لانهما منكران اقول الحق الاول قال دام ظله لو ادعى
العدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن لانه وكيله على اشكال اقول هذا الاشكال راجع
الى مسئلتين احدهما ان الوكيل اذا ادعى الدفع الى من امره بالدفع اليه هل يكون القول قوله ام لا والثانية
ان الوكيل في الدفع اذا دفع من غير اشهاد هل يكون ضامنا ام لا هذا اذا لم يشهد ولو ادعى انه اشهد
ومات وغاب وفسق فالبناء على المسئلة الاولى لا غير والاصح عندي تقدم قوله لانه امين قال دام ظله
ولا يقبل في حق المرتهن لانه وكيله في الحفظ خاصة فلا يقبل في غيره كما لو وكل رجلا في قضاء دين فادعى

تسليمه الى صاحب الدين ويحتمل قبول قوله على المرتهن في اسقاط الضمان عن نفسه لا عن غيره فعلى هذا ان
اختلفا لعدل سقط الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن انه قبضه اقول يحتمل هذا الاحتمال انه امين فيقبل قوله في
اسقاط الضمان عن نفسه كالمودع في رد الوديعة وهذا هو الاصح عندي قال دام ظله وعلى الاول يحلف
المرتهن ويرجع على من شاء فان رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم وان رجع على
الراهن لم يرجع على العدل ان كان دفعه بحضرته او ببينة ماتت او غابت لعدم التفريط في القضاء والا رجع
على اشكال من مساواة التفريط وكونه امينا له اليمين عليه انكره اقول هذا الاشكال يرجع الى ان الوكيل
في القضاء اذا لم يشهد هل يكون مفرطا لكونه وكيلا في الابراء ظاهرا او باطنا بحيث يقطع عنه الدعوى
او لا يكون مفرطا لانه وكله في الابراء وقد فعل والاقوى عندي الاول فيكون ضامنا قال دام ظله فان كان
وكيلا فالاقرب جواز بيعه من نفسه بثمن المثل اقول ما تقدم في جواز بيع الوكيل من نفسه قال دام ظله
فان تلف ضمن قيمته ان لم يكن مثليا قيل يوم قبضه وقيل يوم هلاكه وقيل الارفع اقول الاول اختيار
المصنف والشيخ ابي القسم بن سعيد والثاني قول الشيخين في النهاية والمقنعة وسلار في الرسالة والثالث
قول الشيخ في المبسوط وهو الاقوى عندي ولابن الجنيد قول رابع انه يضمن اعلى القيم من يوم هلاكه الى يوم الحكم
بقيمته قال دام ظله والاقرب عدم دخول المتجددة الا مع الشرط او كانت متصلة اقول هذا قول
الشيخ في الخلاف والمبسوط للاصل ولما رواه اسحاق بن عمار في الصحيح عن ابي ابرهيم عليه السلم قال قلت له فان
رهن دارا لها غلة لمن الغلة قال لصاحب الدار ولقائل ان يقول بدخوله به وقال المفيد وابن الجنيد وابو
الصلاح وابن ادريس وابن البراج وابن حمزة وادعى ابن ادريس الاجماع ولم يثبت والاقوى عندي انه لا يدخل الا
بالشرط قال دام ظله وفي دخول الاس تحت الجدار والمغرس تحت الشجر واللبن في الضرع والصوف والمستجز على
ظهر الحيوان واغصان الشجر نظر اقول اما الاس والمغرس فمنشأ النظر فيهما من حيث ان منفعتهما لا تتم الا بهما
ومن انه ليس جزءا منهما والاصل عدمه ولانه لا يدخل في البيع فلا يدخل في الرهن لانه اضعف من البيع واما اللبن في
الضرع فمنشأ النظر فيه من حيث انه في حكم الثمرة ومن انه من الفضلات غير المنفصلة الباطنة فيكون تابعا و
اما الصوف المستجز بكسر الجيم فمنشأ النظر فيه من حيث انه من الاجزاء فكان كالاعضاء ولانه كالاغصان والا
وراق فيكون تابعا ومن حيث انه كالثمار لان العادة فيه الجز للانتفاع واما اغصان الشجر فالمراد
منها هنا الاغصان التي يفصل غالبا كاليابس من سعف النخل واغصان الخلاف ومنشأ النظر فيها من حيث

لا دلالة فيه لان كون لصاحب الدار لا ينافي كونه رهنا وهو قول الشيخ في النهاية

اعتبار

اعتبار قطعها فصارت كالثمرة ومن انها اجزاء فيكون تابعة والضابط انه يدخل في الرهن ما يدل عليه اللفظ
بالمطابقة والتضمن من الاجزاء الحقيقية والعرفية وما لا يمكن وجود المرهون الا مصاحبا له وهو شرط وجوده
فان المرتهن يستحق مصاحبته وان لم يدل لفظ عليه ولا يدخل في الرهن لان الرهن للاستيثاق ويتوقف على استمرار
وجوده مملوكا ولهذا كان بيعه ما دام الرهن ولا يتم الا بذلك والاصل فيه انما ينافي الشرط ينافي المشروط وانما
احد المتساويين يوجب تساوي الاخر قال دام ظله والاقرب جواز اجبار الراهن على الازالة اقول وجه القرب
ان بقاء ما لا يدخل في الرهن تصرف فيه وهو ممنوع منه كالمتاع الذي وضعه في الدار ولتضرر الاصل بالثمرة ويحتمل عدمه
للاصل ولانه تصرف في المنافع وهي لم يدخل في الرهن ويفرق بينه وبين المتاع بان اصل كون المتاع فيه سبب
في بقائه فان فاعل الحدوث سبب في البقاء وهذا البقاء منه ولا كذلك الثمرة فانه ابقاء لم يلزمه منع منها
وبينهما فلا يلزم من وجوب ازالة الاول وجوب ازالة الثاني والحق عندي وجوب ازالتهما عند اضرارهما بالعادة
قال دام ظله ولو رهن ما يمتزج بغيره كلقطة من الباذنجان صح ان كان الحق يحل قبل تجدد الثانية او
بعدها وان لم يمتز على راي اقول قال الشيخ في المبسوط ان كان الحق مناجما الى اجل يحصل معه اختلاط
الرهن بغيره ويجب ان يتميز بطل لتعذر الاستيفاء منه لجهله ولانه يصدق كلما صح رهنه صح بيعه عند الاجل
ويلزمه كلما لم يصح بيعه عند الاجل لم يصح رهنه وهذا لا يصح بيعه عند الاجل لجهله واختار المصنف
الصحة ويكون حكمه حكم الاموال الممتزجة وهو الاقوى عندي قال دام ظله والخصم في بدل الرهن
الراهن فان امتنع فالاقرب ان للمرتهن ان يخاصم اقول وجه القرب تعلق حقه بها فكان له المطالبة بها ولانه
لو لم يكن له المطالبة لم يكن له المطالبة اذا كان الجاني سيده والتالي باطل فالمقدم مثله بيان الملازمة
انه لو لم يكن المطالبة الا للمالك لا للمرتهن لم يكن له مطالبة المالك اذا كان جانيا لانه لا يستحق على نفسه
فلا يطالب نفسه ولان حقه اما ان يتوقف تعلقه واستحقاق مطالبته بها على قبض المالك واستحقاق المالك لها
او لا والاول يستلزم عدم مطالبة المالك لعدم استحقاق المالك على نفسه وان كان الثاني فهو المطلوب وبيان
بطلان التالي الاجماع ويحتمل ضعيفا عدمه لانه اثبات لحق غيره والاقوى عندي الاول قال دام ظله ولو نكل
الغريم حلف الراهن فان نكل ففي احلاف المرتهن نظر اقول منشأه من ان اثبات حق المرتهن مع عدم ملكية
المال له مما لا يجتمعان والثاني ثابت فينتفي الاول واما الثاني فلان الرهن تابع للملكية والراهن لا يمكن
بنوبته بدونها وكل تابع كذلك فوجوده مع عدم المتبوع لا يجتمعان صدقا ضرورة واما ثبوت الثاني وهو عدم ملكه

الراهن فلانه لو ثبت لملك بمن غيره وهو محال لما تقرر عندهم ومن حيث انه حقا لا يمكن ابانة الا بيمينه
ولا يجوز ابطال الحق والاقوى الاول لان الرهن مانع عن تمليكه الراهن فلا يمكن تقدمه عليه قال
دام ظله فان عفا الراهن فالاقرب اخذ المال في الحال لحق المرتهن فان انفك ظهر صحة العفو والا فلا اقول وجه
القرب انه جمع بين الحقين ولانه لا مانع الا حق المرتهن فاذا انفك سقط المانع والتحقيق ان الامور العدمية لا توصف
بانها موقوفة بل يكون مراعاة وما دل على صحتها كاشف الكاشف هو دليل على سبق العلة المؤثرة التامة
واما الموقوف عليه فهو من تمام العلة اعني علة الصحة او الدائم ولهذا قال المصنف ظهر صحة العفو ويحتمل
بطلانه لان الراهن ممنوع من التصرف في الرهن شرعا ومعنى المنع بطلان تصرفه لانه لا يتم فائدة المنع الا به ولان حق
المرتهن وصحة تصرف الراهن حينئذ متنافيان وحق المرتهن متعلق به فلم يصح عفو الراهن عنه لكونه الرهن بعينه
قال المصنف ويحتمل صحة العفو ويضمن الراهن للجاني مع الفك لانه ذهب في قضاء دينه فلزمه غرامته كما لو
استعاره للرهن قال دام ظله ولو ابرا المرتهن لم يصح والاقرب بقاء حقه الى آخره اقول وجه القرب ثبوت
الحكم اما بالنص عليه او باثبات علته او ملزومه والكل منتف اما الاول فلانه لم يصرح باسقاط حقه واما
الثاني فلان ابراء المرتهن لا ينفذ لانه تصرف في ملك الغير فلم يسقط العلة فلم يقع نفسه واما الثالث فظاهر اذ لا ملزوم
هنا ويحتمل السقوط لان الابراء ابلغ في اسقاط حقه من الصيغة المصرحة به لانه حكم بسقوط العلة التي هي استحقاق
المال في ذمته والحكم بانتفاء العلة ابلغ في نفي المعلول وهو تعلق حق الرهانة به من الحكم بنفيه خاصة
من دون الحكم بنفي علته لان الاول اولى قال دام ظله ولو ادى بعض الدين بقي كل المرهون رهنا بالباقي
على اشكال اقربه ذلك لان شرط كون الرهن رهنا على الدين وعلى كل جزء منه اقول ينشأ من ان كل
واحد من الاجزاء اما ان يكون مرهونا او لا والثاني محال قطعا والاول اما على جزء يقتضيه التقسيط
من الدين حاصبا او على كل الدين والاول باطل والا لكان اذا تلف جزء من المرهون لا يبقى الباقي رهنا الا على
جزء يقتضيه الحساب وهو باطل قطعا فتعين الثاني وهو المطلوب ويحتمل عدمه لانه انما يصح في الرهن
بالمجموع على المجموع والاصل عدمه في الاجزاء ولم ينص عليها فلا يثبت على المجموع ولا بد وان يكون مرهونا فيكون
الاجزاء على حسب ما يقتضيه الحساب والاقوى عندي اختيار المصنف وهو انه ان شرط رهنه على كل جزء في العقد
كان كذلك والا فالتقسيط قال دام ظله ولو دفع احد الوارثين نصف الدين لم ينفك نصيبه على اشكال
اقول ينشأ من انفراد كل بملكه وحصته من الدين ومن انه لم يكن مثل ذلك كذلك هذه المسئلة مبنية على المتقدمة

قد

قال دام ظله اما لو تعلق الدين بالتركة فادى احدهما نصيبه فالاقرب انفكاك حصته اذ لا رهن حقيقة هنا
اقول ويحتمل عدمه لانه لا ميراث الا بعد اداء الدين كله قال دام ظله واذا قال المالك بع الرهن ثم
استوف الثمن لي ثم اقبضه لنفسك فالاقرب صحة الجميع الى آخره اقول وجه القرب ما تقدم في جواز تولي طرفي
القبض في البيع وهذه المسئلة قد تقدمت **الفصل السابع في التنازع** قال دام ظله ولو ادعيا على
واحد رهن عبده عندهما فصدق احدهما خاصة فنصفه مرهون عند المصدق فلو شهد للاخر فاشكال
ينشأ من انه بكل تمكين المدعيين حقا فيما يصدق المزعم احدهما اولا فان قلنا بالتشريك لم يقبل والا قبلت
اقول هذا في باب الدعاوى ونقول هنا انهما متساويان في كل جزء يفرض لم يكن احدهما اولى به من الاخر والاستحقاق كل
منهما النصف مشاعا من غير مشاركة اسماع دعواه وجزم وبينه فيه فالحق الاول قال دام ظله ولو اختلفا
في متاع فادعى احدهما انه رهن وقال المالك وديعة قدم قول المالك مع اليمين على راي اقول ما اختاره هنا مذهب
الشيخ في النهاية والخلاف والمبسوط وابن البراج وابن ادريس للاصل وقال الصدوق في المقنع والشيخ في الاستبصار
على صاحب اليد البينة فان لم يكن له بينة حلف صاحب الرهن بقول الصادق عليه السلم لما سئل عن متاع في يد
رجلين يقول احدهما استودعتكه والاخر يقول هو رهن القول قول الذي يقول انه رهن عندي الا ان ياتي الذي
ادعاه انه اودعه بشهود والاقوى الاول لعموم قوله عليه السلم واليمين على من انكر ولان الرهن خلاف الاصل لانه
حادث والاصل بقاء العدم الاولى قال دام ظله اما لو ادعى البائع اشتراط رهن العبد على الثمن فقال المشتري
بل الجارية احتمل تقديم قول الراهن وهو الاقوى والتحالف وفسخ البيع اقول وجه القوة خروج الجارية بانكار
المرتهن وبقي الدعوى في العبد والقول قول منكر الرهن ولانه لا يجبر على منكره وهي الجارية لانه لا يعقل يمين
على ما يكون فيحقق مقتضى الانكار نفس الانكار فيبقى العبد والقول قول الراهن فيه ووجه التحالف ان الثمن يختلف
باختلاف الشرط فكان كالاختلاف فيه والاصح الاول قال دام ظله ولو قال لم انو عند التسليم احد الدينين
احتمل التوزيع وان يقال له اصرف الاداء الان الى ما شئت اقول وجه الاول انه قد وقع صحيحا وليس احدهما اولى من
الاخر ولانه قد ملكه ملكا تاما فاما عنهما او عن احدهما بعينه او لا عن احدهما او عن احدهما لا بعينه والكل باطل
الا الاول لاستحالة الترجيح بلا مرجح وملك المقتضي مع عدم زوال المقتضي عن الذمة ولانه اذا لم يزل عن ذمته
شيء منهما لزم المحال والا كان هو المقتضى عنه ووجه الثاني انه تصرف اختياري له من غير توقف على اختيار احد وهو
غير موقوف على غير الاختيار والدفع فيعمله متى شاء قال دام ظله وكذا لو تبايع مشركان درهما

بدرهمين وسلم مشتريا لدرهم درهما ثم اسلما فان قصد تسليمه عن الفضل فعليه الاصل وان قصد عن الاصل
فلا شيء وان قصدهما وزع وسقط ما بقي من الفضل وان لم يقصد فالوجهان اقول الوجهان التوزيع وان يقال
له اصرفه الى ما شئت كما تقدم قال دام ظله ولو كان لزيد عليه مائة ولعمرو مثلها وكلا من
يقبض لهما فدفع المديون لزيد او لعمرو وقد ذكرنا الاوفاق الوجهان اقول الوجهان احتمال التوزيع وان يقال له اصرف
الى ما شئت قال دام ظله واذا اخذ من المماطل قهرا فالاعتبار بنية الدافع ويحتمل القابض ولو فقدت فالوجهان
اقول وجه الاول ان تعيين الجهة اليه لا الى القابض ووجه الثاني انه بالمنع والاجبار لم يعتبر قصده فكان
الاعتبار بقصد القابض كنية الزكوة والخمس لعدم خروج الحق عنهما ووجه الثالث ان القابض لا اعتبار بنيته لانه
ليس له التعيين والقهر اسقط اعتبار المقبوض منه فبقي بلا نية فيحتمل التوزيع وان يقال له اصرفه الاداء الان
الى ما شئت لما تقدم قال دام ظله ويقدم قول الراهن في عدم الرد مع اليمين وفي قدر الدين على راي اقول
الخلاف في اختلاف في قدر الدين وما اختاره هنا قول الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف والصدوق ووالده
والصلاح وابن حمزة وابن ادريس وابن البراج للاصل وقال ابن الجنيد يقدم قول المرتهن ما لم يزد دعواه عن القيمة
ولقول علي عليه السلم لما سئل عن المرتهن اذا ادعى زيادة الدين صدق المرتهن حتى يحيط بالثمن لانه امينه وهو
في المستند ضعيف والاول اقوى قال دام ظله ولو اعترف الراهن خاصة قدم قول المرتهن مع اليمين فان بيع
فلا شيء للمقر له ولا يضمن الراهن ويحتمل الضمان مع تمكينه من فكه اقول اذا اعترف الراهن بجناية العبد المرهون
عن الرهن وانكر المرتهن فالقول قول المرتهن مع اليمين فيباع في الدين ولا ضمان على الراهن لانه لم يفوت على المجني
عليه ويحتمل ضمانه لانه قد ادى به دينه مع استحقاق المجني عليه والاول عندي اقوى قال دام ظله اما
لو اقر في مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه انه لا يلتفت اليه اقول اذا اقر الراهن بالاقباض ثم خصمه
وادعى الغلط في اخباره بالقبض فاما ان يكون اقراره في غير مجلس الحكم او فيه فان كان الاول سمعت دعواه وكان
القول قول المرتهن مع اليمين وان كان الثاني فاما ان يكون اقراره جوابا بعد توجه الدعوى عليه اولا فان كان
الثاني سمعت وكان القول قول المرتهن وان كان الاول فالوجه انه لا تسمع والا لم يستقر حكم بالاقرار لاحتمال
التاويل ولا سيما وجه سماع الدعوى وهو احتمال المواطاة فان اقراره في جواب الدعوى عند الحاكم لا يحتمل كونه
مواطاة ولا العادة في رسم القبالة ذلك ولا تنكر في الخصام سبب القبول فيهما اذ الاصل انه لا يسمع بعد الاقرار
الانكار بل الدليل قائم على امتناعه لانه احد الخصمين فيمتنع الاخر وانما سمع خلافه مع سبب الاحتياج على الخصام

والعادة ثم

في المواطاة والعادة برسم القبالة ويحتمل ضعيفا السماع لامكان النسيان ولغير ذلك قال دام ظله ولو قال
الراهن اعتقته لم تقبل ولو نكل فالاقرب جواز الحلف للمقر له لا للراهن اقول وجه القرب ان الحق له والراهن
لا يدعي لنفسه شيئا وقد تقرر انه لا يجوز للانسان ان يحلف لاثبات حق لغيره ويحتمل للراهن لتخلصه من الضمان قال
دام ظله ولو نكل المقر له احتمل الضمان لاعترافه بالحيلولة وعدمه لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر بالقرار له من
نكوله وعدمه للعبد بفكه من الرهن عند الحيلولة فان تعذر وبيع وجب فكه بالقيمة مع البذل وبالازيد
على اشكال اقول اذا رهن عبدا وسلمه الى المرتهن ثم اقر بعتقه او بغصبه او بجنايته فان صدقه المرتهن فلا بحث وان
تعذر جوابه كان مات وورثه غير عالم به كان قطعا للمقر له وان كذبه المرتهن فادعى المقر له علمه خلف المرتهن فان
نكل خلف المقر له على ما اخترناه في المسئلة السابقة فان نكل فهل يغرم المقر للمقر له فيه احتمالان ذكرهما المصنف
ووجههما والحق عندي الغرم لانه اليمين محذورة فلم يمكنه الا بارتكاب محذور ولا يلزم مثلي القول بالغرم
تقول له مع احدها الغصب فيضمن القيمة ولو عاد المغصوب منه وقال يضمن كل منفعة تجدد
للعبد وهكذا الى ان يفكه او يموت العبد كان له ذلك ثانيها الجناية فيغرم اقل الامرين من القيمة والارش
وعندنا وعند الشيخ الاكثر وثالثها العتق فنقول يجب عليه فك الرهن باداء الدين فان تعذر وبيع
في الرهن وجب افتكاكه فان بذله المشتري بقيمته او باقل وجب فكه وان حاوله بالازيد ولو باضعاف قيمته
فالاصح وجوب فكه عليه لوجوب تخليص الحر فانه لا عوض له الا التخليص ولا يمكن الا بالازيد من القيمة وما
لا يتم الواجب الا به فهو واجب واحتمال عدمه لامكان استلزامه الضرر بان يحيط بمال الراهن والضرر منفي
بالحديث ضعيف ويتفرع على هذا انه لو اعتق لم يضمن الا المنافع التي لم يستوفها لا يضمن لان منافع الحر لا
تضمن بالفوات واورد على المصنف دام ظله ان ضمان منافعه لا يحكم شرعا بملك العبد لها والا لزم احد
الامرين اما يملك العبد شيئا وليس للمولى التصرف فيه وهو باطل اجماعا واما ان يملكها المشتري وان
عرفنا المقر بتلبيسه والا اسقط فائدة الغرم اجاب دام ظله بانه يغرمها ويعدها عند الحاكم للامور ثلثة
اما لما تبعه العبد بعد العتق كالجنايات وحتى يعتق العبد او يموت فيرثها الامام او وارثه الحر ان كان لان
الاقرار بالملزوم اقرار باللازم قال دام ظله وان كوتب بالقيمة او بالازيد مع عدم التخليص كاتبه وجب على المقر
تخليصه به فان سعى العبد ضمن الاجرة خاصة على الاقوى بخلاف الميراث اقول وجه القوة ان الاجرة قيمة
المنفعة المستوفاة وكل منفعة مستوفاة من الحر يضمن ولا يضمن ما ادى من مال الكتابة لانه دفعه بغير اذنه

في فك رقبته لم يدخل تحت ضمانه فان رد الحر لا يضمن ويحتمل ضمان اكثر الامرين من الاجرة ومما ادى في الكتابة لانه
متسبب في الاتلاف والمباشر هنا ضعيف والسبب اقوى كما لو قدم الغاصب المغصوب منه طعاما مع جهله فاكله وفرق بين
ما اخذه مولاه من كسبه وبين ما دفع في مال الكتابة لان ما اخذه مولاه من كسبه فهو تولاه عليه بسبب منه شرعي ظاهرا
لانه موجب بغير اختيار العبد وهو السبب الشرعي ظاهرا كالمباشر في الاتلاف كالشهود في القتل فانهم يقتلون لا الحداد ومال
الكتابة اعطاه العبد قدره فلم يكن المولى سببا ما تافيه ويحتمل اول الامرين لانه ان كان المدفوع اقل فهو الذي تلف
بفعله لا غير وان كانت الاجرة اقل فهي المنفعة المستوفاة ولا يلزمه البدل عليه ولا ما ادى فداء عن رقبته كما لو سلمه
الى غاصب غيره فافتك نفسه من المالك قوله بخلاف الميراث بزيد ولم يخلف وارثا غيره وخلف تركة فانه ضمن
العين لانه اداه الشارع فيما وجب عليه شرعا ظاهرا بسببه ولم يتحقق فيه تبرع اصلا ولا مقصود الاجرة هنا ولا يحتمل
هنا عدم ضمانه لما دفع **المقصد الثالث الحجر قال دام ظله** الا ان شعر الحسن على انه الى قوله
والاقرب انما ماده اقول هذا اختيار الشيخ في المبسوط قال من الناس من قال انه بلوغ واحتج المصنف بقوله
تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستاذنوا وقوله تعالى والذين لم يبلغوا الحلم منكم وقول
النبي صلى الله عليه وآله رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم ولان البلوغ غير مكتسب والانبات يستعجل بالمعالجة
فهو مكتسب وقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم
جعل غاية المنع بلوغ النكاح وعلق دفع المال على بلوغ النكاح والرشد وحصر له على التدريج والبلوغ انما هو على
التدريج لا يكون علة للانبات قال دام ظله وبالسن وهو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر وتسع في الانثى وفي رواية اذا بلغ الصبي
عشرا بصيرا جازت وصيته وصدقته واقيمت عليه الحدود التامة اقول رواية بلوغ العشر بصيرا هي رواية الصدوق
الصحيحة عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن الصادق عليه السلم انه قال اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته
وروى زرارة عن الباقر عليه السلم انه قال اذا اتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله اذا اعتق او تصدق
او اوصى على حد معروف وحق فهو جائز وعمل كثير من الاصحاب بها منهم ابن الجنيد وابن ادريس منع الجميع وهو الصحيح
قال دام ظله وفي اخرى خمسة اشبار اقول هذه رواية السكوني عن الصادق عليه السلم رجل وغلام اشتركا
في قتل رجل فقتلاه فقال امير المؤمنين عليه السلم اذا بلغ الغلام خمسة اشبار اقتص منه واذا لم يكن قد بلغ خمسة
اشبار قضي بالدية قال دام ظله وفي صحة العقود حينئذ اشكال اقول اذا ظهر رشده حال احتوه صحت العقود
قطعا وان ظهر سفهه او لم يعلم حتى بعد فهل يحكم بصحة العقود اولا والاشكال في هذين الموضعين لا غير ومنشاوه

ان

ان السفيه يصح تصرفه باذن المولى وهذه العقود مادون فيها شرعا فوجب بطلان تصرفات السفيه
وهذا سفيه واليه ذهب الشيخ وابن البراج ومنشا صحة الاول وفي المجهول الحال انه كان محجورا عليه
شرعا ولم يعلم المزيل للحجر والاصل بقاء ما كان فالمقتضي للبطلان موجود والمانع لم يتحقق قال دام ظله و
الوجه ان له استيفاء القصاص والعفو على مال لا مطلقا اقول قال الشيخ ليس له القصاص واحتج
المصنف بانه قائم مقامه ولانه منصوب لاستيفاء حقوقه واحتج الشيخ بان القصاص للتشفي وهو لا يحصل الا
الصغر ولانه انما يرغب في العفو والاستيفاء والوجه اختيار المصنف قال دام ظله وله ان يأكل بالمعروف مع
فقره وان يستعفف مع الغنى والوجه انه يتجاوز اجرة المثل اقول الاول قول الشيخ الطوسي للآية واحتج المصنف
بانه عوض عمل غير متبرع به فيستحق اجرة المثل مطلقا وهو الاقوى عندي قال دام ظله ويجب حفظ مال
الطفل واستنماؤه قدر لا يأكله النفقة على اشكال اقول ينشا من انه كسب ولا يجب ومن انه منصوب
لمصلحته وهي من اتم المصالح ولانه مفسدة ومن عظيم على الطفل ونصب المولى لدفعهما وهذا مبني على ان هذا
هل هو مصلحة او اصلح وعلى الثاني هل يجب ام لا وقد حققوا ذلك في علم الكلام قال دام ظله واذا تبرع اجنبي
بحفظ مال الطفل لم يكن للاب اخذ الاجرة على اشكال اقول ينشا من وجود المتبرع فيمكنه تولية تحصيل
الحفظ المطلوب من الولي شرعا بغير اجره فلا يجوز له الاجر لامكانه بغيرها ومن زيادة شفقة الاب وجعل الولاية
له شرعا فله اخذ الاجرة وهو الاقوى عندي قال دام ظله وللاب لا يستنيب فيما يتولى مثله فعله والاقرب
في الوصي ذلك اقول وجه القرب ان الاب قد اقامه مقام نفسه ويحتمل عدمه لاصالة عدمه والاقوى عندي اختيار
المصنف قال دام ظله والقول قوله في الانفاق بالمعروف على الصبي او ماله او البيع للمصلحة والغرض لها و
التلف من غير تفريط سواء كان الولي اباه او وصيه على اشكال اقول لا شك ان القول قوله في الانفاق بالمعروف لعسر اقامة البينة
في كل وقت على الانفاق وعلى ضبطه ولا في ان القول قوله في التلف من غير تفريط للاصل ولانه اقوى من الودعي
ولا في ان القول قول الاب في ان الغرض في البيع للمصلحة لانه غير متهم في حق ابنه وعليه الاتفاق ولا اشكال في غيره ومنشاوه
اصالة صحة تصرفات المسلم المالك لذلك التصرف ولانه موضوع لفعل ما يعتقد انه مصلحة فلا يمكن اقامة البينة عليه
ولان دعواه بصلاح التصرف دعوى عدم التعدي وهو الاصل والقول قوله ومن اصالة بقاء الملك على المالك الى ان يثبت
الناقل ولاصالة عدم الحاجة الى البيع وعدم بذلك عليه كبيع الولي و قال دام ظله وهل يصح بيع المميز وشراؤه
مع اذن الولي اصلاحيتها لا لترتب الحكم عليها للاصل ولان النائم والمجنون في رفع القلم بالحديث وهو نفي نكره فتعم من

من وقوعها باذن الولي فصار كما لو صدر منه **الفصل الثاني في المجنون والسفيه** قال دام ظله
وهل يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم ام يكون محجورا بالسفه الاقرب الاول ولا يزول الا بحكمه اقول هذا مذهب الشيخ
في المبسوط وقال ابن البراج يزول الحجر بالرشد من غير توقف على حكم الحاكم ووجه اختيار المصنف انها مسألة اجتهادية
الامارات فيها مختلفة فيناط بنظر الحاكم احتج الآخرون بان العلة السفه ووجود العلة يستلزم وجود المعلول
ولاشتراط جواز التصرف بالرشد وزوال الشرط يستلزم زوال المشروط ولانه مع وجود السفه وعدم حكم الحاكم ان جاز
التصرف لم يكن الرشد شرطا وهو باطل بالاية وان لم يجز فالمطلوب قال دام ظله ولو صولح على مال فالاقرب
ثبوت المال اقول اقراره بموجب القصاص تصرف في غير المال وهو عاقل وكل عاقل يقبل اقراره بما يوجب القصاص لعموم
اقرار العقلاء فيلزم وله خلاص نفسه بالمال اذا توقف عليه لان حفظ النفس واجب فجاز له الصلح ويحتمل العدم
لانه يرجع على الاصل بالابطال لان الاصل الحجر على السفيه لحفظ ماله فلو جاز تصرفه بواسطة منه باختياره لانتفت
الغاية التي شرع الحجر لاجلها وكل حكم يرجع على اصله بالابطال كان باطلا **الفصل الثالث في المملوك قال دام ظله**
والاقرب انه يملك شيئا سواء كان فاضل الضريبة وارش الجناية على رأي وسواء ملكه مولاه على رأي ولا اقول الخلاف
في هاتين المسألتين قد تقدم قال دام ظله ولو اذن له مولاه في الاستدانة لزم المولى ما استدانه وان اعتقه ولو
اعتقه فالاقوى الزام المولى اقول هذا مذهب الشيخ في الاستبصار وابن ادريس وابن حمزة لقول الباقر عليه السلم
ان كان السيد اذن له ان يستدين فالدين على مولاه وقال الشيخ في النهاية وابن البراج والمصنف في المختلف يلزم
العبد لرواية عجلان عن الصادق عليه السلم في رجل اعتق عبدا له وعليه دين قال دينه عليه لم يزده العتق الا خيرا والاقوى
الاول قال دام ظله وليس له الاستدانة الا مع ضرورة التجارة والماذون فيها له فيلزم المولى وغيره يتبع به بعد
العتق والاتباع ولا يستسعى على رأي اقول ما اختاره هنا مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف وابن ادريس وابي
الصلاح للاصل وقال الشيخ في النهاية يستسعى وقال ابن حمزة ان علم المدين عدم الاذن له يتبع به بعد العتق والا استسعي والاقوى
انه لا يستسعى مطلقا قال دام ظله ولو اذن له المولى في الشراء لنفسه ففي تملكه اشكال اقول الضمير في ملكه
راجع الى المولى ومعناه انه اذن له في فعل محال لان تملك العبد تمليك المولى والاصل فيه ان بطلان المركب لا يستلزم
بطلان جزئه المعين والاذن في الخاص يستلزم الاذن في المطلق اللازم له فقد اذن في شرائه لنفسه فتقدر اذنه في الشراء
المطلق وبطلان الخاص لا يستلزم بطلان المطلق للقاعدة ومن ان الكلي لا يوجد الا في احد جزئياته وهي غير متلازمة هنا فلم ياذن
في غير هذا الباطل ولا يتحقق والباطل غير متحقق فلا يتحقق الكلي قال دام ظله وهل يصح للعبد البضع الاقرب

ذلك

١٢٥

ذلك لامر خارج للمنكل بل لاستلزامه الاذن لانه اذن له في سائر التصرفات لانه التمليك الملزوم ويحتمل عدمه لعدم محله وعدم ذاته
اذن له في التصرف في الثمن بالبيع وفي الثمن بعد ذلك وهو ضعيف قال دام ظله والاقرب انه لو اذن له في التجارة
اقول وجه القرب ان المقصود بالاذن الاكتساب وهو هنا البيع ولان له التصرف في الاعيان والمنافع تابعة
لها وجواز تمليكها بغير عوض تبعا للاعيان فهنا اولى ويحتمل عدمه لعدم دلالة الاذن عليه مطابقة وتضمنا والتزاما
لعدم استلزام البيع الاجارة بل هما متنافيان والامر بالشيء يستلزم النهي عن منافيه قال دام ظله وهل
يبطل بالاباق نظر اقول ينشأ من ان الشارع نزل الآبق منزلة الميت ولهذا يزول نكاحه عن امرأته والموت
موجب للبطلان ولان الاصل بقاء ما كان على ما كان قال دام ظله والاقرب قبول قول الشارع اقول وجه القرب
انه مما يتعذر اقامة البينة عليه وعند كل معاملة وسؤال الحاكم ويحتمل عدم القبول لان تملك ملك الغير يحتاج
الى ثبوت الاذن بالبينة ولانه لو ثبت الاذن بالشياع لثبت الحرية بها لاتحاد طريقتهما فان العبودية لا ترتفع الا
من التصرف والاقوى عندي ما استقربه المصنف قال دام ظله ولا يقبل اقرار غير الماذون بمال لاحد وهل
يتعلق بذمته نظر اقول ينشأ من انه هل هو مسلوب اهلية الاقرار او ان رقبته ممنوعة لحق الغير وهو غير ملك
ويحتمل الاول لان اهلية وجوب المال عليه موقوف على اهليته للملك والا لزم التكليف بالمحال ويحتمل الثاني لانه
لو اذن له المالك صح والاقوى انه يتبع به بعد العتق قال دام ظله ولو صدقه المولى في ذلك فالاقرب القبول
اقول وجه القرب ان العبد انما منع اقراره لحق المولى وقد صدق ويحتمل عدمه لانه قد سلب اهلية هذا الاقرار
لا لحق المولى في نفسه والاصح عندي القبول **الفصل الرابع في المريض قال دام ظله** والحجر على
المريض في التبرعات كالهبة والوقف والصدقة والمحاباة ولا يمضي الا من ثلث تركته وان كانت منجزة على رأي
اقول هذا قول الصدوق وابن الجنيد ومفهوم قول الشيخ في الخلاف وقال في النهاية والمفيد في المقنعة
وابن البراج وابن ادريس انها يصح من الاصل لنا ما رواه شعيب بن يعقوب في الصحيح قال سألت ابا عبد الله
عن رجل يموت ما له من ماله فقال له ثلث ما له والمراة ايضا وما في الاستفهام للعموم ولعدم اجتماع خروج
الوصايا من الثلث لحق الورثة مع خروج المنجزة من الاصل على الصدق لاشتراكهما في الموجب وهو عموم قوله
عليه السلم المريض محجور عليه الا في ثلث ماله وحفظ المال على الورثة ولجواز ان يعدل الى المنجزة فيحصل
حكمه حصر الوصية في الثلث والمقدم حق بالاجماع والاخبار المتواترة فالتالي باطل واحتجوا بانه
مالك تصرف في ملكه فيصح والجواب منع كلية الكبرى وجريه لا يمنع في الاول قال دام ظله

افراده كذلك ان كان متهما والا فمن الاصل سواء كان لاجنبي او لوارث على رأيٍ اقول هذا اختيار الشيخ
في النهاية وتبعه ابن البراج ورواه الصدوق في كتاب من لا يحضره الفقيه وقال في المقنع انه يمضي في حق
الوارث من الثلث ولم يقيده بالتهمة وقال المفيد يمضي من الاصل مطلقا وهو اختيار سلار وابن ادريس و
جعله ابن حمزة من الاصل في حق الاجنبي ومن الثلث في حق الوارث مع التهمة لان تهمة الوارث ليبتنه على صحة مدعاه
احتج المصنف برواية العلاء بياع السابري قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن امرأة استودعت رجلا مالا
فلما حضرها الموت قالت له ان المال الذي دفعته اليك لفلانة وماتت المرأة فاتى اولياؤها الرجل وقالوا انه
كان لصاحبتنا مال ولا نراه الا عندك فاحلف لنا ما قبلك شيء افيحلف لهم فقال ان كانت مأمونة عنده فليحلف
وان كانت متهمة فلا يحلف ويضع الامر على ما كان فانما لها من مالها الثلث احتج ابن ابي عقيل في المقنع
برواية اسمعيل بن جابر الصحيحة قال سألت ابا عبد الله عليه السلم عن رجل اقر لوارث له وهو مريض بدين عليه فقال
يجوز اذا كان الذي اقر به دون الثلث والجواب المراد اذا كان متهما للجمع بين الاخبار قال دام ظله
واذا مات حل ما عليه من الديون دون ما له على رأيٍ اقول هذا قول الشيخ في المبسوط والخلاف وقال في النهاية
يحل ما له وبه قال ابو الصلاح وابن البراج والطبرسي لنا الاصل بقاء الاصل احتج الشيخ بما رواه ابو بصير
قال قال ابو عبد الله عليه السلم اذا مات الميت حل ما له وما عليه من الديون والاصح الاول قال دام ظله
والاقرب الحاق مال السلم والجناية به اقول وجه القرب النص على انه اذا مات حل ما عليه وما للعموم ولانه
دين وكل دين يحل بموت من هو عليه والاولى ضرورية فان الدين هو المال الثابت في الذمة والثانية لعموم النص
على ان تحل الديون التي عليه ويحتمل العدم اما في السلم فلان الاجل جزء من الثمن سعاوت سعا وتر ولهذا كان من اسباب
الربا فلو حل بموته لاستحق زيادة ليست له واما في الجناية فلان الدية هي المقدار المؤجل فلا يجب الحال لانه غير الدية
وللتعارض العمومين والمراد بالجناية هنا ما يجب على الجاني لا العاقلة لان موت المؤجل على العاقلة ليس بسببه ولهذا
لو مات قبله لم يجب عليه والاصح عندي انه يحل مال السلم قال دام ظله وهل هو كتعلق الارش برقبة الجاني او كتعلق
الدين بالرهن احتمال اقول وجه وجود خواص كل منهما فيها ككونه من غير اختيار المالك وسقوطه بتلف المتعلق
بغير سببه وليس لصاحب الحق الا اقل الامرين من قيمته وحقه ولا شيء من الرهن كذلك والسبب دين في ذمة المالك الحر فان
التركة باقية على حكم مال الميت ما دام الدين لم يقض وبراءة المديون بالاداء منه ولا شيء من ارش الجناية كذلك والاصح
عندي انه تعلق برأسه مغاير لهما ولا يلزم من الاشتراك في صفة الاشتراك في الماهية قال دام ظله ولا يشترط

استغراق

استغراق الدين اشكال اقربه ذلك اقول وجه القرب انا انما منعناه حفظا للمال للديان وهو يحصل
بمنعه من قدر الدين ولانه انما يمنع في قدر ما يجب اخراجه من التركة ويحتمل عدمه لجواز تلف ما زاد عن
قدر الدين ولقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين فلا ميراث الا بعد ادائه والاصح عندي انه
يمنع مطلقا لان الدين متعلق بكل التركة وبكل جزء منها قال دام ظله فان تلف الباقي قبل القضاء ضمن
الوارث فان اعسر فالوجه ان للديان الفسخ اقول وجه ذلك ان تصرفه انما جاز بشرط الاداء ويحتمل عدمه
لتسويغه والفسخ انما هو على تقدير الجواز فالحق عندي المنع من التصرف مطلقا والضمان بالتصرف ولم يكن
نافذا قال دام ظله وعلى القول ببطلان تصرف الوارث لو لم يكن في التركة دين ظاهر فتصرف ثم ظهر دين بان كان
قد باع متاعا واكل ثمنه فرد بالعيب او تردى في بئر حفرها عدوانا او سرت جنايته بعد موته احتمل فساد التصرف
لتقدم سبب الدين فانتقض الدين المقارن وعدمه فان ادى ما لو ادى الدين ولا فسخ التصرف اقول
وجه العدم ان حال التصرف لم يكن ثابتا بالفعل وسبب منع التصرف ومنع ملك الوارث التام هو الدين حقيقة
بالفعل ولم يحصل ولكان السبب لا يكفي في وجود المسبب بالفعل وفي تجدد الدين على الميت وهو الاقوى
عندي قال دام ظله وهل تتعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالكسب والنتاج والثمرة اشكال
اقربه المنع اقول وجه القرب انه بالموت ينتقل الى ملك الوارث فيكون له اما الاول فلاستحالة بقاء الشيء
مملوكا اصلا وهو محال او مملوكا للديان وهو محال اجماعا او للميت وهو محال لعدم قبوله الملك فتعين الوارث
وهو المطلوب ولقائل بان تعلقه كتعلق الرهن ونماء الرهن يدخل فيه فيتعلق هنا عنده ويحتمل التعلق
لانها على حكم مال الميت لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين والتبعية للنماء الاصل والاصح الاول
قال دام ظله ويحتسب من التركة الدية في الخطاء والعمد ان قبلها الوارث ولا يلزمه ذلك ولا يضمن
الدين على رأيٍ اقول هذا قول ابن ادريس ومنع الشيخ في النهاية من استيفاء القود الا بعد ضمان الورثة
الدية وجوز العفو وهو اختيار ابي الصلاح وابن البراج وقال الطبرسي ان بذل الجاني الدية لم يكن لهم القود الا
بعد ضمان الدين وان لا جاز من غير ضمان لنا ان موجب العمد القصاص وانما يثبت لهم صلحا ولا يجب على الورثة اخذ
الشيخ برواية عبد الحميد بن سعيد قال سألت ابا الحسن الرضا عليه السلم عن رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا فاخذ اهله
الدية من قاتله اعليهم ان يقضوا الدين وهو غير دال على محل النزاع لاحتمال ان يكون القتل خطأ ولان السؤال وقع عن
اخذ الدية لا مطلقا المقصد الخامس في المفلس وفيه مطالب المطلب الثاني في المنع من التبرع وقال

تكره

فانتقض الدين المقارن وعدمه فان ادى الوارث

دام ظله لو صادف المال في الحال فإن كان مورده عين مال كالهبة والبيع والرهن والعتق احتمل البطلان من
زمن الإعتاق أقول اختار ابن الجنيد الأول ونقل الشيخ القولين في المبسوط وقوى الأول لأنه ممنوع من التصرف
بالحجر ووجه الثاني أنه لا أقل من الفضولي والراهن والأصح الأول قال دام ظله ولو باع عبداً بثمن في ذمته
بشرط الإعتاق فإن أبطلنا التصرفات فالأقوى بطلان البيع أقول وجه القوة أنه موقوف على شرط لا يمكن
حصوله منه ويحتمل الصحة لعدم استلزام بطلان الشرط بطلان البيع عند الشيخ الطوسي رحمه الله وعلى هذا هنا
لا يمنع الآمر التصرف في ملكه الذي لم يتعلق حق شرعي يقتضي الحجر بتصرفه فيه وهو إنما ملكه على هذا الشرط ولأن
نسبة عتقه إلى حق الديان كنسبة عدمه إليه فإنه مع العتق لا يتعلق حقهم به وكذا مع عدمه لاسترجاع البائع إياه فهما
سواء في النسبة فلو نافى حقهم العتق لنافى عدمه لكن حقهم ثابت فيهما فيتساقطان قال دام ظله والإجازة العتق
ويكون موقوفاً فإن قصر المال احتمل صرفه في الدين لا رجوعه إلى البائع والأقوى صحة عتقه في الحال أقول وجه
الاحتمال الأول أنه ملكه ولا يصح عتقه لأنه إزالة ملك بغير عوض ولا يصح منه ولا يرجع إلى البائع لعدم اعتبار اختلال
الشرط لأن المشتري غير متمكن منه وتبعه إياه حال الحجر ووجه القوة أنه من حين ملكه إنما ملكه بشرط الإعتاق
فهو في التحقيق غير مصادف للمال والمراد بقوله ويكون العتق موقوفاً أي مراعى قال دام ظله وكذا الإشكال
لو أقر بعين لكن مع القبول يسلم إلى المقر له وإن قصر الباقي أقول قوله وكذا الإشكال عطف على قوله ولو أقر
بدين سابق لزمه وهل يقدم على الغرماء إشكال فهذا أيضاً إشكال أيضاً مما ذكر وعموم النص يدل على القبول لقوله عليه
السلام إقرار العقلاء على أنفسهم جائز ويمكن أن يفرق بين الدين والعين لأن الحجر تعلق بماله فإقراره بدين لو قبل في حق الغرماء
لتساوى الغرماء لكن إقراره كإقرار الراهن بعد الرهن برهن سابق فإنه لا يقبل وأما العين فلم يثبت أنها ماله قال
دام ظله ومع عدم القبول إن فضلت دفعت إلى المقر له قطعاً بخلاف البيع فإن فيه إشكالاً أقول الإشكال الحاصل من عدم
من أن تصرفاته هل يقع باطلة من الأصل أو موقوفة قال دام ظله وكذا الإشكال لو ادعى أجنبي شراء عين في يده
منه قبل الحجر فصدقه أقول منشأ الإشكال ما تقدم قال دام ظله ولو قال هذه مضاربة لغائب قبل قوله مع يمينه
ولو قال الحاضر فصدق قد دفع إليه والأقسم أقول قال الشيخ في المبسوط يقبل إقراره مع اليمين فإن حلف يقر في يده للغائب
والغرماء لا حق لهم به وفيه نظر لأنه يمين لإثبات مال للغير وهو إقرار في حق الغرماء قال دام ظله ويصرف من باعه
بعد الحجر بالثمن إن كان عالماً ويحتمل الجاهل بالحجر الضرب والاختصاص بعين ماله والصبر وكذا القرض أقول وجه
الأول أنه أدخل في مقابلة مالاً فلم يكن فيه إضاعة له في التحقيق لأنه يكون إخراجاً ووجه الثاني عموم قوله عليه السلام.

من تعلق حقهم بالمال كالمرتهن ... ولأنه فيه مساواة لا قرار البينة ... من العطف للمصنف فلا إشكال في إقراره بالعين بل يقبل ... هو إنما الإشكال م

من

من وجد عين ماله وكان أحق بها ووجه الثالث أنه دين حدث بعد الحجر برضى مستحقه قال دام ظله وفي وطء
غيرها من أمته نظر أقول ينشأ من أنه تصرف في معرض الإتلاف ومن أنه لا يقتضي إخراج ملك قال دام ظله فإن
نكل ففي إحلاف الغرماء إشكال أقول ينشأ من أنه لا يمين لإثبات حق الغير وقال ابن الجنيد يحلفون لتعلق حقهم به والأقوى قول الشيخ
رحمه الله **المطلب الثالث في بيع ماله وقسمته** قال دام ظله فإن نفقته في طريق سفره فالأقرب الإجراء إلى
يوم وصوله أقول وجه القرب الضرورة الداعية المؤدي إخلالها إلى الهلاك ويحتمل ضعيفاً العدم لعدم
النص عليه والصحيح الأول قال دام ظله فإن ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصته أو نقضت القسمة ويبنى
ذلك أن الدين هل يتعلق بالتركة تعلق الدين بالرهن أو الجناية برقبة العبد فإن قلنا إنه تعلق الدين بالرهن كان قضاء
فيرجع بحصته بمقتضى الحساب لأنه يكون بمنزلة صاحب الدين إذا أخذ أكثر مما يستحقه فيرجع بالزائد خاصة
وإن قلنا تعلق الجناية برقبة العبد فهي قسمة حقيقية فيبطل لأنها قسمة الكل بين بعض المستحقين وفائدة
الخلاف يظهر في مسائل منها أنه إذا تصرف أحدهم في نصيبه ومنها وجوب الزكاة على القابض إذا بلغ ما بعد
الحصة التي يقتضيها الحساب النصاب ومنها أنه إذا تلف ما في يد أحدهم مما أخذه وكان معسراً لا يمكن الرجوع
عليه بشيء البتة فإن قلنا يرجع بحصته بمقتضى الحساب رجع على الموسر بذلك القدر لا غير وإن قلنا بالنقض
جعل ما في يد الآخر كل المال ويقسمانه دون المعسر ومنها لو زادت القيمة الآن فإن قلنا بالنقض
صرفت الزيادة في باقي الديون وإلا أخذ ما يصيبه من القيمة الأولى وغير ذلك من المسائل والأصح عندي
رجوعه بحصته بمقتضى الحساب لا غير قال دام ظله ففي الشركة في النماء المتجدد إشكال أقول
هذا فرع على النقض وعدمه فإن قلنا بالنقض شارك وإلا فلا ومنشأ الإشكال من أنه هل هو رفع القسمة من
أصلها أو فسخ متجدد قال دام ظله ولو تلف المال بعد النقض ففي احتسابه على الغرماء إشكال أقول
ينشأ من الضمان للمصلحة والأصل قال دام ظله ولو خرج المبيع مستحقاً رجع على كل واحد بحصة من الثمن إن كان
قد تلف ويحتمل الضرب لأنه دين لزم المفلس والأقرب التقدم لأنه من مصالح الحجر لئلا يرغب الناس عن الشراء أقول قوله
والأقرب راجع إلى وجه الأول وهو الأقوى عندي قال دام ظله وهل يباع أم ولده من غير رهن نظر فإن منعناه ففي
مؤاجرتها ومؤاجرة الضيعة الموقوفة نظر ينشأ من كون المنافع أموالاً كالأعيان ومن كونها لا توجد ما لا ظاهراً
والأول أقوى أقول منشأ النظر في بيع أم الولد تعارض عموم بيع أمواله ولا يباع أم الولد إلا في ثمن رقبتها على
ما قرر والأقوى عدم جواز بيعها والأقوى عندي مؤاجرتها جاري مثالها مثله وكذا مؤاجرة الضيعة

إشكال وكذا لو كان الدين ... أقول ما لا إليه لا [illegible] م

بمقتضى الحساب ومن النقض أقول منشأه الاحتمال ... قسمة حقيقية م

الموقوف لان المنافع اموال ولهذا يوجر العين المستاجرة معه قال دام ظله ولو باع من غير الغرماء
باذن فالاقرب الصحة اقول لان الحق لهم ولصحة بيع الراهن مع اذن المرتهن فهنا اولى ويحتمل العدم
لان الحجر من الحاكم وهو حكم شرعي فلا يرتفع الا بحكمه والتحقيق ان الحجر ان كان لسلب الاهلية لم يصح كالصبي
وان كان لسلب الولاية صح والاقرب صحة بيعه باذن الغرماء كلهم قال دام ظله ولو باع من الغريم
بالدين ولا دين سواه صح على الاقوى لان سقوط الدين يسقط الحجر اقول هذا مبني على ان زوال الحجر يتوقف على حكم
الحاكم بل يزول بزوال العلة وعلى صحة البيع منه باذن الغرماء وسقوط الدين متعلق بصحة البيع وهو شرط لصحته
فيدور **المطلب الثاني في الاختصاص** قال دام ظله والخيار على الفور على اشكال اقول قال الشيخ في
المبسوط فيه قولان وجعل الفور احوط احتج القائلون بالفور بان تاخيره يفضي الى الاضرار بالغرماء لاقتضائه تاخير
حقوقهم فاشبه الشفعة ولانه خيار ثبت في البيع لنقص في العوض فكان على الفور كالرد بالعيب احتج الاخرون
بانه حق ثبت في الزمان الاول والاصل بقاؤه ما كان على ما كان قال دام ظله ولو حل الاجل قبل الحجر ففي الرجوع
اشكال اقول ينشا من عموم الخبر وتعلق حق الغرماء قبله قال دام ظله او يضرب بقيمة المسلم فيه مع
تلفه او براس المال على اشكال لتعذر الوصول الى حقه فيتمكن من فسخ السلم اقول الاشكال راجع الى مسئلتين
آ ضربه بقيمة المسلم فيه مع تلفه ومنشاؤه من حيث انه دين مستحق في ذمة المحجور عليه فيضرب بقيمته كغيره من الديون
ومن حيث انه معاوضة على المسلم فيه قبل قبضه وهو ممنوع منه كالبيع وبه قال بعض الفقهاء ب فسخ المسلم
والضرب بقيمته براس المال ومنشاؤه من تعذر الوصول الى حقه كما ذكره المصنف ومن حيث انعقاد لازم
والمسلم فيه موجود وانما تعذر لعسره والاقوى عندي جواز الفسخ والضرب براس المال قال دام ظله الثالث
سبق المعاوضة على الحجر فلا رجوع لعدم تعلقه بعين ماله لو باعها عليه بعد الحجر اقول وجه القرب انه لا يستحق
احد الثمن الا انه كان كالموجل ويحتمل التعلق لعموم الخبر والاول قوي قال دام ظله ولو باع عينا باخرى
وتقابضا ثم افلس المشتري وتلفت العين في يده ثم وجد البايع بعينه عيبا فرده فله قيمته ما باعه ويضرب
مع الغرماء ويحتمل التقديم لانها دخلت في مقابلتها عينا في مال المفلس اقول وجه الاول انه دين ثابت
في الذمة ولم يجد عين ماله ولا هو من مصالح الحجر فكان له اسوة الغرماء لعموم النص بقسمة ماله بين ارباب الديون
ووجه الثاني ما ذكره المصنف وفيه نظر لان قوله دخلت في مقابلتها عينا صغرى لكبرى مجهولة فان اخذت
كلية منعت ونقض بالمشتري في الذمة بعد الحجر مع علم المشتري والحق انه لا يسمع والاصح عندي الاول قال دام ظله

فان

فان عاد بعوض كالشراء فان وفا البايع الثمن فكالاول ولولا احتمل عوده الى الاول لسبق حقه والى الثاني لقرب
حقه وتساويهما فيضرب كل بنصف اقول ان كل واحد منهما قد وجد عين ماله فيتساويا وبان فرع على قدر المطالب
وفيه نظر لان الاول قد انقطع حقه بالبيع الثاني قال دام ظله ولو قبض نصف الثمن وتساوى العبدان في القيمة
وتلف احدهما احتمل جعل المقبوض في مقابلة التالف فيضرب بالباقي او باحد العبدين الباقي وعدم الرجوع اصلا بل
يضرب بالباقي لحاصه لا التقسيط للتضرر بالشركة اقول الاول اختيار ابن الجنيد فانه قال ولو كان المبيع
عبدين متساوي القيمة بعشرين دينارا فقبض عشرة ووجد احد الغلامين وقيمته يوم التفليس كقيمته
يوم البيع عشرة كان مخيرا في اخذ العبد بما بقي له او ان يدعه ويكون اسوة الغرماء لان له التعلق بكل
العين اذا بقي كل الحق فله ثبت له التعلق بالباقي من العين للباقي من الحق وعموم الخبر ووجه الثاني ما روي عن
النبي عليه السلام انه قال ايما رجل باع متاعا ولم يقبض البايع من ثمنه شيئا فوجده فهو احق به وان كان قد قبض
من ثمنه شيئا فهو اسوة الغرماء والمقبوض انما هو عن الجميع لمجموع فيصرف بعضها الى التالف وبعضها الى الباقي
لاستحالة الترجيح من غير مرجح وقال ابن البراج ياخذ نصف العبد الموجود ويضرب في بقية الثمن مع باقي الغرماء قال
دام ظله ولو افلس بعد الغرس او البناء فليس للبايع الازالة ولا مع الارش على راي بل يباعان وللبايع ما يقابل
الارض ولو امتنع بيع الغروس والابنية منفردة اقول هذا اختيار الفقيه ابي القسم بن سعيد لانه وضع
وضع بحق وقال في المبسوط له الازالة مع الارش لا بدونه قال دام ظله ولصاحب الزيت الرجوع وان خلط
بمثل او اردى لا بالاجود ويحتمل الرجوع فيباعان ويرجع بنسبة ثمنه من القيمة فلو كانت قيمة العين درهما
والممتزج بها درهمين بيعا واخذ ثلث الثمن اقول حكى الشيخ في المبسوط ثلثة اقوال اثنان منها الاحتمالان
المذكوران هنا والثالث انه يدفع عن عين الزيت بقدر ما يخصه فلو كان الجرة تساوي دينارين واختلطت بجرة
تساوي اربعة يدفع اليه ثلث الزيت ورده الشيخ فيه بانه ان اخذه عوضا عنها لزم الربا وان دفع
بازاء الحق وسقط ترك الباقي لم يجز الاجبار ثم اختار الاول وقال ابن الجنيد تقدم بالثمن على الغرماء ووجه
الاول ان العين ليست موجودة من طريق المشاهدة ولا الحكم لاستحالة مطالبته بالقسمة فكانت بمنزلة
التالف ووجه الثاني وجود عين ماله وامكان التوصل اليها بما ذكر كالصبغ في الثوب كما لو اختلط زيت
اسير بغير اختيارهما قال دام ظله ولو لم يزد القيمة فلا شركة فان الحقنا الصفة بالاعيان كان للاجير
على الطحن والقصارة حبس الدقيق والثوب لاستيفاء الاجرة كما ان للبايع حبس المبيع لاستيفاء الثمن والا فلا

اقول وجه الحاق الصفة بالاعيان انه يصح المعاوضة عليها بانفرادها عن العين في الاجارة ولان الاصل
الاهمال وهي موجودة فيها ووجه العدم انها لا تباع وانها اسم للعين حقيقة قال دام ظله ولو ساوى ثمانية
فان الحقنا الصفة بالاعيان فالزيادة للمفلس والثمن نصفان والا احتمل تحصيل البائع كل الثمن فالثمن ارباعا
او البسط فالثمن اثلاثا اقول وجه الحاقها بالاعيان انها لو لم تلحق بالاعيان لم يجز الرجوع بها ولانها كانت
عينا فان بقيت كذلك فالمطلوب والا الالحاق لانها صفات وآثار ووجه اختصاص البائع انها من الزيادات المتصلة
كالسمن ووجه البسط ان الزيادة في المجموع قال دام ظله ولو افلس قبل انها الاجارة القصارة فان الحقناها
بالاعيان فان لم يزد قيمته مقصورا على ما كان فهو فاقد عين ما له وان زادت فلكل من البائع والاجير الرجوع الى عين
ما له اقول وجه الحاقها بالاعيان لانها تقوم وجعل الشارع له الرجوع بها لقوله عليه السلام من وجد
عين ماله فلو لم يكن المراد العين حقيقة او حكما لم يصح استدلال الفقهاء عليه بهذا الخبر لكن وقع الاتفاق
عليه ولا يلزم استعمال المشترك في كلا معنييه او استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه لان المراد بالعين هنا موجود
متشخص معلوم فيكون استعمالا للفظ في مجازه ووجه عدم الحاقها انها ليست بعين حقيقة والاصل عدم الاشتراك
والمجاز

المطلب السادس

في تتمة مباحث هذا الباب قال دام ظله لو افلس المشتري بعد جناية العبد
فالاقرب ان للبائع الرجوع ناقصا بارش الجناية او الضرب بثمنه مع الغرماء ولا يسقط حق المجني عليه من اخذ
العين اقول ارش الجناية حق لا يمنع الملك فلم يمنع الرجوع فيه كالدين في ذمته وانما يرجع ناقصا لان حق الجناية
مقدم ولا يمنع المجني عليه من اخذه لان حقه مقدم ويحتمل عدم الرجوع لان تعلق الرهن يمنع الرجوع وهذا
اقوى فهو المنع اولى قال دام ظله والاقرب تقدم حق الشفيع على البائع لسبق حقه حيث اخذ المشتري
وبمن نقله اليه وسبقه ويحتمل تقديم البائع لانتفاء الضرر بالشفعة لعود الحق كما كان واخذ الثمن من الشفيع
فيختص به البائع جمعا بين الحقين اقول في هذه المسالة احتمالات ثلاثة آ تقديم حق الشفيع ويساوي البائع
الغرماء في الثمن وهو اختيار الشيخ في الخلاف وعلله المصنف بوجهين احدهما انه اقوى من حق الشفيع لانه
لا يزيله نقل الملك عن المشتري ويزيل حق البائع وثانيهما ان حق الشفيع اسبق من حق البائع لانه لاحق للبيع
بذاته وحق البائع لاحق بغيره لانه بواسطة الافلاس وما هو بالذات اسبق مما هو بالغير ب يقدم
الشفيع بالعين والبائع بالثمن لان النظر في تقدم احد الحقين انما هو مع التعارض وهو انما يتحقق امتناع الجمع
وهاهنا يمكن الجمع فلا تعارض فيعمل بهما وحكاه في المبسوط قولا والاقوى عندي الاول قال دام ظله

ولو رجع في العبد بعد اباقه صح فان قدر عليه والا تلف منه ولو ظهر تلفه قبل الرجوع ضرب بالثمن وبطل الرجوع
وبعده امانة على اشكال اقول ينشأ من انه مقبوض بالبيع الفاسد ومن انه فسخ لا لابطاله بعوضيته

المقصد الرابع في الضمان

مقدمتان آ عرف جمهور الاصحاب الضمان بانه نقل المال من ذمة الى ذمة
وعرفه آخرون بانه ضم ذمة الى ذمة فعلى الاول يبرأ المضمون عنه وعلى الثاني لا بل يتخير المضمون له بالرجوع على من
شاء منهما ولا يطرد الاول لان ضمان العهدة ضم عندهم ايضا فالاول الاصل ب الاجماع على صحة الضمان
وكان في الملك بالقه لقوله تعالى وانا به زعيم وقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم الامانة مؤداة
والدين مقضي والزعيم غارم ولانه صلى الله عليه وآله وسلم حضر جنازة فقال صلى الله عليه هل على
صاحبكم دين قالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال علي عليه السلام هما علي يا رسول الله وانا لهما
ضامن فصلى عليه النبي صلى الله عليه وآله وسلم ثم اقبل على علي فقال جزاك الله عن الاسلام خيرا وفك رهانك
كما فككت رهان اخيك وهذا الحكم كان في صدر الاسلام انه عليه السلام لم يصل على من لم يخلف وفاء دينه ثم
نسخ بقوله النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم وهذه الرواية تدل على ان الضمان ناقل قال دام ظله ولو شرط تاجيل
الحال صح والاقرب جواز العكس اقول وجه القرب الاصل ولانه بدل عن الاداء وحكم البدل حكم
المبدل لمساواته والا لم يكن بدلا ويجوز في الاداء التعجيل فكذا في بدله ولان اداء المؤجل معجلا سائغ فشرطه
سببا سائغا الا انا في العقد فيصح وذهب الشيخ في المبسوط الى انه لا يصح لان الفرع لا يجوز ان يكون اقوى من
الاصل ولان الحلول زيادة في الحق ولهذا اختلفت الاثمان به وهذه الزيادة غير واجبة على المديون ولا ثابتة
في ذمته فيكون ضمان ما لم يجب فلا يصح عندنا والاقوى عندي اختيار الشيخ الطوسي رحمه الله قال دام ظله
فيحل مع السؤال على اشكال اقول هذا فرع على صحة ضمان المؤجل حالا وهو انما يتاتى اذا كان الضمان
بسؤال فلا يخلو اما ان يأذن له الضمان حالا او الضمان مطلقا ولا اشكال في الاول وانما الاشكال
في الثاني ومنشأه من انه اذن له في التزام الاداء في الحال فاذا ادى كان له الرجوع في الحال لانه ادى
الآن بامره ولا نعني بالحلول الا ذلك ولان اداء الضامن بسؤاله هو الموجب لثبوت المال في ذمة المضمون
عنه لبراءته من المضمون له بمجرد الضمان فيكون اداء الضامن بمنزلة الاستدانة فلا يكون مؤجلا ومن انه مؤجل
عليه ولم يشترط حلوله في عقد لازم اذ الضمان حالا لا يستلزم حلول الاصل فيتبع الدلالات الثلاث
الاصل بقاء الاجل قال دام ظله ولو اذن احتمل تعلقه بكسبه وبذمته ويتبع بعد العتق اقول اذا اذن المولى

لعبده في الضمان فضمن باذنه وذكر المصنف فيه هذين الاحتمالين ووجه الاول انه يحال دينا دون
فيه ولا يمكن ثبوته في ذمة المولى والا لكان هو الضامن لا العبد وهو خلاف التقدير فيكون في كسبه ووجه
الثاني انه اذن في اثباته في الذمة والاثبات في الذمة اعم من الاداء في الحال وبعد العتق والاذن في الكلي
لا يستلزم الاذن في الجزئي المعين وقال الشيخ في المبسوط قيل انه يتعلق بكسبه وقيل انه يتعلق بذمته
مع الاطلاق وعدم الاذن له في التجارة ومعه يتعلق بما في يده على الاول لانه كسبه ولم يختر شيئا وقال ابن
الجنيد يؤدي السيد فان اعتق بيع العبد وادى ثمنه في قضاء دينه عن المعسر قال وان اعتق واعسر الاصيل رجع
على السيد قال دام ظله ولو انكر بعد الضمان لم يبطل على راي اقول قال الشيخ في النهاية والمفيد
في المقنعة وابن البراج وابن حمزة يبطل وقال ابن ادريس لا يبطل وهو اختيار والدي وهو الصحيح عندي
لعموم قوله عليه السلام الزعيم غارم ولانه كالقضاء قال دام ظله الرابع المضمون له ولا يشترط علمه
عند الضامن بل رضاه وفي اشتراط قبوله احتمال فان شرط اعتبر فيه التواصل المعهود بين الايجاب والقبول
في العقود اقول وجه الاحتمال انه معاوضة حكمية فانه يلتزم بدين في ذمته عن الدين الذي في ذمة المضمون
عنه ولان نقل المال المستحق في ذمة المضمون عنه الى ذمته لا يمكن الا بفعلهما لتساوي نسبتهما اليه فاشترط
القبول ولانه ان كان باذن المضمون عنه فهو تمليك في مقابلة تملك الضامن عوضا عما يؤدي فتعين فيه
القبول كسائر التمليكات وكلما شرط القبول مع الاذن شرط مع عدمه لعدم القائل بالفرق
ولا يصح احداث قول ثالث والاولى عدمه لانه التزام واعانة للمضمون عنه وليس هو على قواعد المعاملات
ولقوله تعالى وانا به زعيم قال دام ظله والاقرب صحة ضمان مال الكتابة وان كانت مشروطة
اقول منع الشيخ في المبسوط منه لان للمكاتب تعجيز نفسه فليس لازما حينئذ الا الى الفسخ قال المصنف
بل هو لازم وتجدد الفسخ كما في الخيار قال دام ظله والاعيان المضمونة كالغصب والعارية المضمونة
والامانة مع التعدي على اشكال اقول ينشأ من انها مضمونة وانها لا تثبت في الذمة والتحقيق ان الضمان هو
نقل المال من ذمة الى ذمة بحيث يبرء المضمون عنه لا غير ويمكن ان يكون على غير هذا الوجه والاصح
انه لا يصح قال دام ظله وللمشتري عن البائع بان يضمن عن البائع الثمن بعد قبضه متى خرج مستحقا
او رد بعيب على اشكال اقول الاشكال في الرد بالعيب من حيث انه متجدد فيكون ضمان ما لم يجب ومن تقدم سبب
الفسخ والدعاء الحاجة اليه والحق الصحة لان العذر الغالب مع الحاجة اولى بالرخصة من النادر في التوثق كما لو

في البحر

في البحر وعلى ضمانه اقل وقوعا من صورة النزاع فيكون الجواز هنا اولى قال دام ظله والاقرب
انه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيبا او رده والضمان لو بان فساده بغير الاستحقاق لفوات
شرط معتبر في البيع او اقتران شرط فاسد به اقول الفرق استحقاقه حال الضمان في الثاني ووجود سببه
في الاول ووجه الاحتمال ما تقدم قال دام ظله والاقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته فيلزمه ما يقوم
به البينة على ثبوته وقت الضمان لا ما يتجدد ولا ما يوجد في دفتر وكتاب ولا ما يقر به المضمون عنه او يحلف
عليه المالك برد اليمين من المديون اقول هذا قول الشيخ في النهاية والمفيد وابن الجنيد وتلميذه ابي الصلاح
وابن زهره وابن البراج للاصل ولقوله تعالى وانا به زعيم ويحتمل عدمه للجهالة المستلزمة لتكليف ما لا يطاق
والاقوى الصحة فيلزمه ما تقوم به البينة سبقه على الضمان قال دام ظله ولو قال ضمنت من واحد الى
عشرة احتمل لزوم العشرة وثمانية وتسعة باعتبار الطرفين اقول منشأ الاحتمالات دخول الغاية
وابتداها هل يدخلان ويخرجان او يدخل احدهما دون الاخر وقد حققوه في الاصول قال دام ظله فان
تلف بغير تفريط الضامن ففي بطلان الضمان اشكال اقول منشأه من تعلقه بالمال هل هو كتعلق الرهن
لانه نقل المال من ذمة الى ذمة او كتعلق الجناية برقبة العبد لانه انما يجب الاداء من هذا المال لصحة
الشرط وقد فات والاقوى عدم البطلان قال دام ظله وكذا لو ضمن مطلقا وما بعده على اشكال
اقول ينشأ من انتقال المال الى ذمة الضامن ومن انه تمليك ما في ذمة المضمون عنه بعوض في ذمته
ولم يسلم والاقوى الاول لان الضمان يستلزم براءة ذمة المضمون عنه قال دام ظله وللضامن مطالبة
الاصيل بالتخليص كما انه يغرم اذا غرم على اشكال اقول ينشأ مما ذكر المصنف ومن ان استحقاق المطالبة
بعد استحقاق المطالبة متاخر عن استحقاق مال في الذمة بالفعل لا بالقوة واستحقاق الضامن من المالك
في ذمة المضمون عنه متاخر عن الاداء فلو تقدم استحقاق المطالبة عليه لدار قال دام ظله ولو صالح
المأذون في الاداء بشرط الرجوع على غير الجنس احتمل الرجوع ان قال ادّ ديني او ما علي لا ان قال ادّ ما علي
من الدراهم ان علق بالاداء وعدمه لانه اذن في الاداء لا الصلح اقول وجه الاحتمال ان القصد براءة الذمة
وقد حصلت والخصوصيات لا اعتبار بها ولتضمن هذا الصلح شيئين احدهما اداء عن الجنس والثاني براءة
ذمته مما عليه والاذن شامل لها اما الاول فلانه دفع غير الجنس عن الدين بقصد وقوعه اداء ولهذا يحاسب
بقيمته وقت الدفع وان كان متمثلا من غير احتياج الى عقد معاوضة واما الثاني فظاهر ويحتمل عدمه لان

للاستيفاء وهو متاخر عن الادا والاصح انه لا يطالبه الا بعد الادا م

الاداء غير الصلح وغير مستلزم له فلا يستلزم الاذن فيه والتحقيق انه على حرف الخبر بقوله اذا لم يرجع
لانه خالف الاذن فيما تعلقه بمتعلق على فيه الاحتمالان والاقوى الرجوع باقل الامرين من قيمته
ومن الدين قال دام ظله ولو طالب الارش والاقرب مطالبته للضامن اقول وجه القرب انه عوض جزء
ما تناوله العقد فهو مستحق في الاصل وانما يسقط بالرضا بالعيب المستلزم لاسقاطه ومن انه عوض صفة او ما في حكمها
وهو جزء لا يفرد بالبيع فلا يسقط الثمن عليه ابتداء بل بعد طلبه لما تقدم انما هو السبب المعد للاستحقاق والمنشأ
الطلب الارش على هو كاشف وسبب والاصح الاول ولهذا كان للمشتري المطالبة بالارش وبتخيره في المرابحة ولا بطل
البيع في مقابله من اصله بخلاف جزء يفرد بالبيع قال دام ظله وفي ضمان البايع ذلك اشكال اقول منشأه
دعاء الضرورة اليه كما لو باع عكر وعلى ضمانه ومن انه ضمان ما لم يجب ولم يوجد سببه والاقوى عدم الصحة
قال دام ظله ولو ضمن اثنان على التعاقب بطل اللاحق ومع الاقتران اشكال اقول قال ابن حمزة له مطالبة من شاء
منهما على الاجتماع والانفراد وقال ابن الجنيد يرجع على كل واحد بحصته على عدد رؤسهم والمصنف استشكل هذه
المسألة فيحتمل عنده البطلان لانه عند معظم الاصحاب يمتنع انتقال كل المال الواحد الى كل واحد واحد
من ذمم متعددة على سبيل البدل دفعة بالضمان فيبطل هنا لاستحالة الترجيح من غير مرجح ويحتمل ثبوت
النصف في ذمة كل واحد لانتفاع التصادم بين كاختيار ابن الجنيد وقال المصنف في درسه في امتناع الاول
نظر لانه واقع في العبادات كالواجب على الكفاية وفي الاموال كالغاصب من الغاصب فلا نسلم في الضمان وقد ضمن
كل واحد فيثبت في ذمته ويتخير المضمون عنه ضمان كل واحد ولحيث انها معرفات وبان براءة ذمته معلول
لعدم علة الثبوت وهي الاداء مع عدم ضمان غيره واستغناء عدم الكلي بوجود جزئيات كثيرة
جائز قال دام ظله ويقبل قوله مع اليمين فان اطلق فالوجه التقسيط اقول اذا كان لواحد على
اثنين دينار فضمن كل واحد منهما الاخر باذنه فرضي بضمان احدهما دون الاخر فدفع اليه ما على من رضي
بضمانه فاذا دفع نصف الدينار ولم يقصد عن احدهما بل اطلق قال المصنف الوجه التقسيط اي توزيع المدفوع
على الدينين على نسبة قدرهما لامتناع صرف الجميع الى كل منهما وعدم صرفه الى شيء الى احدهما لاستحالة
الترجيح من غير مرجح ويحتمل صرفه الى ما شاء لتساويه بالنسبة اليهما وهو الاصح قال دام ظله ولو صرف
الابراء الى ما قصده المبرئ فان اطلق فبالنسبة ولو ادعى الاصيل قصده ففي توجه اليمين عليه او على
الضامن اشكال ينشأ من عدم توجه اليمين لحق الغير وجهالة القصد اقول المسألة بحالها لكن ابراء

لعدم امتناع اجتماع علل على معلول واحد ثم قال ... العلل ... اذ العلية ... المضمون تم

المضمون

[illegible] المضمون

المضمون عنه ان المبرئ قصده احتمل توجه اليمين على المبرئ لانه منكر والدعوى على قصده والاصح انه لا يتوجه
عليه لان الغريم في الحقيقة الضامن لانه لو اعترف لم يرجع على الاصيل وان لم يثبت يحلف عليه فلو حلف المبرئ لم يرجع
بها شيئا عن نفسه ولا يثبت له بل للوارث فانما لم يتوجه رجوع الضامن بما يؤدي فيكون لاثبات حق لغير
لا غير ولا يجوز ويحتمل عدم حلف الضامن حلفا قصد المبرئ فيسقط قال دام ظله ولو ادعى القضاء لما
دون فيه فانكر المستحق تلك قوله ان جعلنا المردودة كالاقرار لحق قوله وان جعلنا كالبينة اقول ثاني في
كتاب القضاء قال دام ظله وفي رجل واحد لحلف معه نظر اقول منشأه الاكتفاء بذلك في الاثبات وترك
الاشهاد المسقط **المقصد الثاني في الحوالة** قال دام ظله وهل يشترط شغل ذمة المحال عليه
للحق للمحيل الاقرب عدمه اقول وجه القرب الاصل لكنه اشبه بالضمان ولانها اداء وذهب الشيخ في المبسوط
وابن البراج وابن حمزة الى الاشتراط لانها معاوضة عندهم والحق الاول قال دام ظله وهل يجب لو تجدد
اليسار والعلم بسبق الفقر اشكال اقول منشأه من زوال الموجب وعدم العلة علة للعدم ومن انما له بقاء
الخيار ولان الزائل ليس علة ولا شرطا بل امارة ولا يلزم من عدم امارة الشيء بعد ثبوته عدمه الا انه ينتقض
بالنقل انها مساوية ولان العسر في الزمان المستقبل لا اثر له في الفسخ ولهذا يشترط في الفسخ والا لم يجز في الزمان
الاول فلا يلزم من عدمه عدم جواز الفسخ فيبقى الجواز للاصل والتحقيق انه يبني على ان العلل الشرعية هل هي
معرفات او علل حقيقية وعلى الثاني هل الباقي مستغن عن المؤثر او محتاج قال دام ظله ويحتمل قبله فيبرئ
المحيل عند رضا المحال وان لم يبرئه المحتال على اي قول هذا مذهب محمد بن ادريس لانها تحويل المال من ذمة الى
ذمة فيبرأ الاول وما رواه عقبة بن جعفر عن ابي الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على
رجل ثم يتعين حال المحتبس ايرجع على صاحبه اذا احتال ورضي قال لا وترك الاستفصال في حكاية الحال
مع قيام الاحتمال يدل على العموم واشترط الشيخ في النهاية والمفيد وابن البراج وابن حمزة في براءة ذمة
المحيل ابراء المحتال اياه فان لم يبرئه كان له الرجوع اي وقت شاء وقال ابن الجنيد له الرجوع عليه ان اعسر او
مات المحال عليه معدما الا ان اداء ابراءه فلا رجوع له احتج الشيخ بما رواه زرارة في الحسن عن احدهما
عليهما السلام في الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل اخر فيقول له الذي احتال برئت مما لي عليك
قال اذا ابرأه فليس له ان يرجع عليه وان لم يبرئه فله ان يرجع على الذي احاله قال ابن الجنيد ولانها
معاوضة ومع تعذر العوض يرجع مستحقا استيفائه لعوضه كالبيع والجواب ان القول المحتال

برئت من مالي عليك هو القبول ويمنع كونها معاوضة والا لم يصح كالبيع والاصح عندي اختيار
والدي قال دام ظله وتصح على من ليس عليه حق وعليه بمخالف على رأي اقول الكلام هنا انما هو اذا كان
على المحال عليه مخالفا لما يحال على الجنس والخلاف فيه مع الشيخ رحمه الله في قوله فانه قال في المبسوط لا يصح الحوالة
الا بشرطين اتفاق الحقين في الجنس والنوع والصفة وكون الحق مما يصح فيه اخذ البدل قبل قبضه لانا لو لم نراع
اتفاق الجنس ادى الى ان يلزم المحال عليه اداء الحق من غير الجنس الذي عليه ومن غير النوع وعلى غير الصفة وذلك
لا يجوز وانما شرطنا ان يكون الحق مما يصح اخذ البدل فيه قبل قبضه لانه لا يجوز الحوالة بالمسلم فيه قبل قبضه اذ
الحوالة ضرب المعاوضة والمعاوضة لا يصح في المسلم فيه قبل قبضه وبه قال ابن البراج وابن حمزة ثم قال الشيخ في المبسوط
بعد ذلك فالحوالة بيع الا انه غير مبني على المكايسة والمغابنة وطلب الفضل والربح وانما هو مبني على الارفاق
فلا يجوز الا في دينين متفقين في الجنس والصفة فيجب ان يكونا حالين او مؤجلين اجلا واحدا ولا يكون احدهما
صحاحا والاخر مكسرا ولا يكون احدهما اكثر ثم قال بعد ذلك ويقوى في نفسي انها ليست ببيع بل هي عقد منفرد ويجوز
خلاف جميع ذلك الا زيادة احد النقدين على صاحبه فانه ربا ولا يمتنع ان نقول ان الحوالة تجوز فيما له مثل وفيما يثبت
في الذمة بعد ان يكون معلوما فاذا كان في ذمته حيوان وجب عليه بالجناية مثل ارش الموضحة وما اشبهها صح
صح في الحوالة وهذا الاخير مخالف للكلام السابق والموافق لاختيار المصنف وهو الاصح عندي لان الاصل
الصحة ولعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود ولانه يجوز على من ليس عليه حق فعلى من عليه مخالف اولى وهو
الاقوى قال دام ظله وبمال الكتابة بعد حلول النجم وقبله اشكال اقول منع الشيخ من الحوالة بمال
الكتابة على العبد المكاتب وتبعه ابن البراج لجواز تعجيز نفسه والمصنف جوز بعد حلول النجم لان
لزوم الحوالة بمساواه او ما يقوم مقامه وقوله فلا يتحقق التعجيز عنه حينئذ ولصحة المعاوضة عليه
واما قبله فلامكان تعجيزه عند الحلول كما قال الشيخ فيظهر عدم استحقاقه فالنظر الى هذا القول والى قول
الاخر من استحقاق مال الكتابة بالعقد ولزومه منشأ الاشكال هكذا قال المصنف دام ظله في الدرس قال دام ظله
فان قلنا ان الحوالة استيفاء الى قوله وان قلنا انها اعتياض اقول وجه كونها استيفاء انها لو كانت اعتياضا
لكانت اعتياض الدين بالدين ولما جازت في النقد الا ان يتقابضا قبل التفرق ولو كان بيعا لكان على المحيل تسليمه
الى المحال عليه لانه عوض من جهته كما اذا باع شيئا في يد غيره فانه يطالبهما بالمشتري وكان يستحق
المحيل الزيادة في حق المطالبة ولا يستحق بها الا مثل ما كان يستحقه قبلها ووجه كونها معاوضة انه

ما في ذمة المحال عليه في مقابلة ما في ذمة المحيل وهذا معنى المعاوضة واختاره الشيخ في المبسوط وعليه
بطلان الحوالة بالمسلم فيه قبل القبض والاقوى عندي انها استيفاء مطلقا قال دام ظله فان منعنا الرجوع
فهل للمشتري مطالبته بتحصيل الحوالة نظر اقول يحتمل ذلك لانه اذا بطل ملك المشتري للمبيع وعاد الى البائع
فاما ان يستحق عليه العوض الذي ملكه في مقابلته اولا والثاني باطل لاستحالة ان يملك العوض والمعوض فتعين الاول فان
توقف استحقاق مطالبته على قبضه وهو غير واجب على البائع جاز تأخيره دائما فلا يستحق عليه المطالبة بشيء
دائما فلا يستحق عليه شيء حينئذ وان وجب استحق المطالبة به وهو المطلوب ومن ان استحقاق المطالبة
موقوف على وجوب التغريم واستحقاق الرجوع عليه وهو ظاهر وهو موقوف على القبض لان المصنف انما فرع
على هذا التقدير فلا يتقدم عليه والا دار قال دام ظله وان احال البائع رجلا على المشتري فالاقرب عدم البطلان
الحوالة اقول وجه القرب تعلق حق الغير بالثمن كما لو باعه من اخر ويحتمل البطلان لان استحقاق المحال فرع
على استحقاق المحيل وقد بطل ولان الاحالة انما هي بالثمن وقال الشيخ الطوسي رحمه الله ان عدم الرجوع هنا اجماعي
والحق عندي عدم البطلان لان الاجماع المنقول بخبر الواحد حجة قال دام ظله لو شرط في الحوالة القبض
بعد شهر مثلا فالاقرب الصحة وان كان حالا اقول وجهه انه شرط سائغ ويحتمل عدمه لان الحوالة انما
هي لما عليه وهو حال والاصح الصحة لانه اسقاط البعض حقه

الفصل الثالث في الكفالة

قال دام ظله ويجوز الكفالة فلو قال ان جئت به والا فانا كفيل لم يصح على اشكال اقول يحتمل الصحة
لرواية احمد بن الحسن الميثمي عن ابان بن عثمان عن ابي العباس قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل يكفل لرجل
بنفس رجل فقال ان جئت به والا فعلي خمسمائة درهم ان لم ادفعه اليه فقال الزمته الدراهم ان لم يدفعه ويلزم
منه انه يلزمه دفعه ان لم يدفع الدراهم لانها تقدير منع الخلو عن دفعه وخمسمائة درهم عليه وعدم
احد طرفي مانعة الخلو يستلزم الاخر فيصدق ما ادعيناه فقد علقت على شرط وقال الشيخ في المبسوط لا يجوز
تعليق الكفالة بشرط لانه جعل هنا العقد غير موجب لما اوجبه ومع الشرط الذي لم يجعله الشارع في محل
الشرع تاثيرا الصلاة والموجبات انما هي بوضع الشارع فما جعله مؤثرا يؤثر باثره وما لم يجعله مؤثرا جعله مؤثرا
غلط فلا يصح قال دام ظله والاقرب صحة كفالة المكاتب ومن في يده مال مضمون كالغصب والمستام اقول
منع الشيخ في المبسوط وابن البراج منه بناء على مذهبه وجوزه المصنف بناء على مذهبه ولانه اما عبد
او مديون والاول ادخل في استحقاق الاحضار والثاني ظاهر قال دام ظله فان ردد بين الضمان والكف

ففي الزامه بالقيمة وجهان الاقرب العدم لموت المكفول اقول وجه القرب ان ضمان الاعيان
لا ينتقل من ذمة الى ذمة اذ العين لا ينتقل من ذمة الى ذمة والقيمة غير واجبة مع وجود العين فانما تعهد ردها
احضارها كالكفالة بالبدن فيسقط مع التلف كسقوط الكفالة بموت المكفول ويحتمل الصحة لان الاعيان
المضمونة لابد ان يثبت ماليتها في الذمة فيتعلق بها المالية بالضامن والا لم يصح ضمانها ويكون منزلته منزلة الاصيل
والتلف يؤكد ملك المالية وكما يضمنها الاصيل يضمنها هو والاصح عندي بطلان الكفالة بتلف العين فلا لزوم
شيء قال دام ظله ولا بتسليمه قبل الاجل او في غير المكان المشترط وان انتفى فيهما الضرر على رأي اقول قال الشيخ
في المبسوط وابن البراج يبرأ بتسليمه قبل الاجل وفي غير المكان المشترط مع انتفاء الضرر وليس بجيد لان قضية
الاجل والشرط خلاف ما ذكر قال دام ظله ولو مات المكفول له فالاقرب انتقال الحق الى ورثته اقول
وجه القرب انه حق للميت فيورث كسائر الحقوق لعموم الآية ويحتمل العدم لضعفها ولاقتضائها الاحضار اليه
وتعذره قال دام ظله لو تكفل اثنان برجل فسلمه احدهما فالاقرب براءة الآخر اقول قال الشيخ في المبسوط
اذا تكفل رجلان ببدن رجل لرجل فسلمه احدهما لم يبرأ الآخر لانه لا دليل عليه وتابعه ابن حمزة وابن البراج والاقرب
وجود البراءة لان المكفول لو سلم نفسه برئ الكفيل فكذا لو سلمه احد الكفيلين قال دام ظله ولو هرب
المكفول او غاب غيبة منقطعة فالاقرب الزام الكفيل بالمال واحضاره مع تعذر استيفاء الحق من
جهة علينا يستوفي من الوثيقة كالرهن ووجه الثاني انه لم يلتزم به كما لو مات المسلم فيه فانقطع لا يطالب به دائما لان
للقصور يسقط عن المكفول له فبرئ الكفيل كما لو برئ المكفول من الدين ووجه الثالث اصالة بقاء الكفالة ولا
ساوى المال فيتوقع المكنة والا لزم تكليف ما لا يطاق والاقوى الثالث قال دام ظله ولو اسلم احد
الغريمين برئ الكفيل والمكفول على اشكال فيهما اقول المسألة الاولى تبتني على الثانية ووجه الاشكال
في ان المسلم لا يجب له الخمر ولا عليه ومن انه اذا اسلم من عليه لم يسقط كالاملاق قال المصنف واذا اسلم من له فكذلك
لان المسلم لا يملك الخمر ولا عوض له عنه فعلى هذا اذا اسلم من له برئ الكفيل واذا اسلم من عليه فان قلنا برئ
برئ الكفيل وان قلنا تجب القيمة احتمل براءته لانه انما تكفل على حق خاص وقد زال ووجب غيره ولا كفالة على المتجدد
ويحتمل عدمه لان الكفالة على الاحضار الى الغريم المستحق للحق وهو هنا كذلك لان ايجاب القيمة اقوى من وجوب
الخمر فحق الاحضار قد تأكد قال دام ظله اما لو كان ضمانا فانه لا يسقط باسلام المضمون عنه وفي رجوع
الضامن لما ادى عليه بالقيمة نظر اقول منشأه من انه ادى دينه باذنه فيرجع عليه بالقيمة لتعذر المثل ولانه

متلف

متلف للخمر على الذمي باسلامه فيضمنه ومن ان المضمون عنه انما يجب عليه عند الاداء اقل الامرين مما ادى الضامن
والدين وغير الخمر لم يكن دينا واي شيء فرض من المال فهو اكثر من الخمر ولم يكن دينا فلا يجب عليه القيمة
ولا الخمر لان المسلم لا يجب عليه الخمر قال دام ظله ولو قال على ضمانه وعلى الركبان فقد اذنوا الى فانكروا بعد
الالقاء ضمن الجميع بعد اليمين على اشكال ينشأ من استناد التفريط الى المالك اقول منشأه من انه غره فكان
كما لو قدم طعام المغصوب منه الى المالك والحق الاول لتفريط المالك بترك السؤال قال دام ظله ولو لم
يكن خوف فالاقرب بطلان الضمان اقول وجه القرب قيام المانع وهو كون ضمانه مما لم يجب والمقتضي
للصحة الضرورة وهي منتفية هنا ويحتمل الصحة للانتفاع بالقاء الحقد السفينة ولابن الجنيد قال دام ظله
الاقرب انتقال حق الكفالة الى الوارث اقول هذه المسألة تقدمت وانما ذكرها هاهنا لفائدة هي الفرق
بين ما اذا انتقل الدين المكفول عليه بالارث الى الوارث وبين ما اذا انتقل بغير الارث كالبيع فانه في الثاني
براءة الكفيل لانه لم يضمن الدين وانما كفل منه للاحضار اليه والكفالة لا يلزم من انتقال الدين انتقا
لها واليه اشار المصنف بقوله ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع او حوالة وغيرها برئ الكفيل واما
في الارث فانه ينتقل نفس حق الكفالة لانه حق للميت يتعلق بالمال فيدخل تحت عموم آية الارث كالشفعة
فانها للوارث وان ماخرج ملكه عن براءة المشتري وظهر الفرق بين الرهن تابع لاستحقاق الدين ليتعلق بعين الدين
بالرهن فالى من انتقل الدين انتقل اليه الرهن باي وجه كان وفي الوارث انتقل بسببين انتقال الدين

المقصد الخامس في الصلح قال دام ظله ولو صالح على عين باخرى في الربويات ففي الحاقه بالبيع نظر
اقول الحقه الشيخ الطوسي بالربويات وهو اختيار ابن البراج وهو مبني على احدى قاعدتين أ هل الصلح
فرع البيع ام لا قيل نعم لان البيع انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض مقدر على جهة التراضي والصلح كذلك
وقيل لا لانه عقد منفرد برأسه وله صيغة مخصوصة ب هل الربا يشمل جميع المعاوضات ام هو
يختص بالبيع وقد مضى ذلك فعلى القول باحديهما لا يصح والا صح والاصح عندي شمول الربا لكل المعاوضات
قال دام ظله وكذا في الدين بمثله فان الحقناه بالبيع فسد لو صالح من الف مؤجل بخمسمائة حال اقول ذكر
هنا فرعين على كون الصلح بيعا ام لا الاول لو صالح على دين بمثله فعلى كون الصلح بيعا لا يصح وعلى
كونه ليس ببيع يصح الثاني لو صالح على الف مؤجل بخمسمائة حال فعلى احدى القاعدتين تبطل وعلى بطلانهما يصح قال دام
ظله ولو صالح من الف حال بخمسمائة مؤجل فهو ابراء على اشكال اقول يحتمل ان يكون معاوضة لمغايرة الحال

المؤجل والزائد لنا قص ويحتمل الابراء لانه ليس الا اسقاط بعض ما في الذمة وتاجيل الباقي والاصح الاول
قال دام ظله اما لو كانت مضرة او اظلم بها الدرب على الاقوى اقول قال الشيخ في المبسوط ظلمة
الطريق بالروشن في النافذ ليس اضرارا قال المصنف في المختلف والاجود انه اضرار فان ضعيف البصر يتعذر
عليه المشي فيه فيجب ان يمنع منه وهذا هو الاصح عندي قال دام ظله ويجوز الصلح عنه وبين ارباب المرفوع على
احداث ساباط وشبهه على راي اقول هذا مذهب ابن ادريس للاصل وقال الشيخ في المبسوط وابن البراج لا يجوز لان
فيه افراد الهواء بالبيع وهو مبني على ان الصلح فرع البيع او قال الشيخ في المبسوط انه فرع لغيره لقوله تعالى ولا تاكلوا
اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والتجارة هي البيع فيبقى
ما عدا البيع بالابطال فلو كان الصلح ليس فرعا على البيع لدخل في الباطل وهو محال ثم قال فيه انه ليس فرعا للبيع
وانما هو عقد قائم بنفسه والاقوى عندي عدم الفرعية قال دام ظله ولذي الدارين الملاصقتين
في دربين مرفوعين فتح باب بينهما وفي استحقاق الشفعة حينئذ نظر اقول من حيث انه يستحق الجواز منها
الى الدار الاخرى ويستحق الجواز من الدار الاخرى الى الدرب فيستحق الجواز منها الى الدرب ولا نعني بالجار الا ذلك ومن حيث
انه انما له الطافة والاستحقاق فيه انما هو للدار الاخرى لا لها وهذا هو الاصح عندي ولا وجه عندي للاول قال دام ظله
ولو اذن له في الجذع فله الرجوع قبل الوضع وبعده على الاقوى اقول لان العارية غير لازمة والتفريط منه وقال
الشيخ وابن البراج ليس له الرجوع بعده لان ذلك اقتضى البقاء والدوام وفي القلع اضرار به فلا يملك المعير ذلك
كما اعارة ارضا للدفن قال دام ظله لكن مع الارش على اشكال اقول ينشأ من ان العارية لا يستعقب الضمان
ومن انه سبب الاتلاف قال دام ظله وفتح باب للنافذ للدار المرفوع دون العكس الا على الاحتمال اقول الاحتمال
هو الذي ذكره المصنف في احتمال الفتح باب في المرفوع حيث قال له رفع كل الحائط فله رفع بعضه وانا اقول هذا الاحتمال
ذكره على سبيل البحث لانه محتمل عنده هكذا قال المصنف في درسه ولا وجه لهذا الاحتمال عندي قال دام ظله
ولا يجبر احدهما على الشركة في عمارته لو انهدم ولو هدمه فالاقوى الارش اقول لوجود العين وانما زال الصفة
وقيل يجبر على بنائه والاول اقوى قال دام ظله ولو وجب على الحائط السقوط ففي جواز الابقاء نظر اقول
ينشأ من انه حق الابقاء ومن انه ضرر وقال عليه السلام لا ضرر ولا اضرار قال دام ظله لو وجد بناءه او خشبه
او مجرى مائه في ملك غيره ولم يعلم سببه فالاقرب تقديم قول مالك الارض والجدار في عدم الاستحقاق
اقول وجه القرب اصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير ومن ثبوت اليد والمالك يدعي استحقاق ازالتها

والاصل

والاصل عدمه والاقوى الاول قال دام ظله ولو كان عوض الصلح سقي الزرع او الشجر بمائه فالاقرب الجواز
مع الضبط اقول وجه القرب انه منفعة مقصودة فيصح مع ضبطه وقيل بالمنع لانه فرع البيع ولا يصح بيع
الماء والمقدمتان ممنوعتان قال دام ظله والراكب اولى من قابض اللجام على راي اقول قال الشيخ في الخلاف
اذا لم يكن مع احدهما بينة جعلت بينهما نصفين وقال في المبسوط يحكم بها لانه لهما يدا واكدهما تصرفا وهو
الراكب وقيل انه يجعل بينهما نصفين وهو الاحوط وابن ادريس قال وهو التساوي والوجه ما قاله في المبسوط
من ترجيح الراكب بكثرة تصرفه وقوة يده قال دام ظله والاسفل اولى من مدعي الغرفة بسبب فتح الباب
اليه ومع التصرف اشكال اقول ينشأ من تعارض اليد وقولهم ان الهواء تابع للارض في الملك قال دام ظله
وكذا على البقاء في الهواء على الاقوى وكذا البحث في العرق والمعقد والحائط المائل الى هواء غيره
والخشبة الواقعة على ملك غيره اقول قال الشيخ لو صالحه على ابقاء الغصن المائل الى ملكه لغيره في الهواء
لم يصح ان كان رطبا لانه يزيد في كل حال ولا يعرف قدره وكذا ان كان يابسا لانه بيع الهواء عن غير قرار وذلك
لا يجوز والوجه الصحة ويمنع كونه بيعا لما بينا ان الصلح عقد مستانف بنفسه ومنه يظهر حكم الباقي قال
دام ظله ولو صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقا او حرا فالاقرب الرجوع بالقصاص اقول وجه القرب
بطلان الصلح الموجب لسقوطه ويحتمل القيمة لاشتماله على اسقاط القصاص على مال فلا يعود استحقاق القصاص
بعده وعلى القول بان الصلح فرع الابراء يسقط قطعا ويرجع الى الدية قال دام ظله ولو صالح عن القصاص
بحر يعلمان حريته او بعبد يعلمان استحقاقه ففي بطلان استحقاق القصاص ووجوب الانتقال الى الدية
نظر اقول ينشأ من بطلان الصلح لبطلان عوضه فيبقى الحق كما كان ومن انه اسقط القصاص بعوض مقدر
فينتقل الى الدية لان سقوط القصاص مبني على التغليب واعلم انه قد وقع الاتفاق على انه لو وكل في الصلح
بخمر فصالح الوكيل سقط القصاص مجانا قال دام ظله ولو تداعيا جدارا بين ملكيهما فهو في ايديهما
فيحكم لذي البينة فان فقدت فلمن اتصل به بناؤه مع اليمين او لمن جذعه عليه على راي اقول هذا قول الشيخ في
المبسوط وقال فيه ايضا وان استعمل القرعة على ما روي في الامور المشكلة من هذه المسائل كان قويا والحق
ما فصله اولا ولا قرعة مع ثبوت اليد قال دام ظله وفي رواية يرجح في الخص بمعاقد قمطه اقول
هذه الرواية هي التي رواها الشيخ في النهاية عن عمرو بن شمر عن جابر عن ابي جعفر عليه السلام عن ابيه عن علي
عليه السلام انه قضى في رجلين اختصما في خص فقال ان الخص للذي اليه القمط ثم قال في النهاية بذا ايضا قالوا

القمط هو الحبل والحصر هو الظفر الذي يكون في التوأدين الخدور فكان من ابن الحيلا أولى من صاحبه والاصح
عندي انه لا ترجيح بذلك لعدم الدلالة عليه ولحكمه حكم الحديث انتهى قال دام ظله اما السقف فان لم يمكن احداثه
بعد بناء العلو الحق به وان كان بحيث يمكن احداثه الحق بهما واختصاص الاول والثاني اقول وجه الترجيح اختصاصه في نسبته
اليهما ووجه الثاني انه هو تابع للسفل لانه يتوقف عليه ووجه الثالث شدة احتياج الثاني اليه ولكونها اكثر

كتاب الامانات وفيه مقاصد الاول في الوديعة

قال دام ظله فلو استودع من صبي او مجنون ضمن الا اذا خاف تلفه فالاقرب سقوط الضمان اقول لانه محسن
لا سبيل عليه والضمان يحتمل من انه استولى على مال الغير بغير اذن والاقرب الاول لانه معروف فيكون مامورا به قال دام
ظله اما لو اكلها الصبي او اتلفها فالاقرب الضمان اقول لان الاتلاف سبب الضمان ولانه مباشر ومن انه بتسليطه
فالسبب هنا اقوى قال الشيخ في المبسوط فيه وجهان احدهما لا يلزمه الضمان وهو الاقوى لانه باختياره
سلطه على اتلافها وهلاكها الثاني انه يضمن واختار ابن ادريس الاول قال دام ظله ولو استودع العبد فاتلف
فالاقرب انه يتبع بها بعد العتق اقول قال الشيخ في المبسوط ان علمنا الجناية تعلق الضمان برقبته وان لم يعلم الجناية
فالضمان يتعلق بذمته فاذا ثبت قلت ان قلنا في الصبي يضمن فضمان العبد يتعلق برقبته وان قلنا الصبي
لا يضمن تعلق في العبد الضمان بذمته وهذا هو الاقوى هذا آخر كلامه في المبسوط وهذا هو الصحيح
لانه اما ان يكون الاستيداع باذن مولاه او لا والثاني يتعلق بذمته لان الاتلاف للعبد يتعلق بذمته
خاصة والاول كذلك لان الاذن في الاستيداع لا يستلزم الاذن في الاتلاف ولا في الضمان وقيل الاذن فيه يستلزم الاذن
في توابعه ومن جملتها الضمان عند الاتلاف فيتعلق بكسبه قلنا التوابع اللازمة فيه وهذا ليس منها
قال دام ظله والاقرب وجوب القبض على الحاكم وكذا المديون الغاصب اذا حل الدين او الغصب
اليه اقول وجه القرب انه من المصالح وهو منصوب لها ويحتمل عدمه للاصل والاقوى الاول لانه ولي
المالك قال دام ظله ومن حضرته الوفاة وجبت عليه الوصية بما عنده من الوديعة فان اهمل ضمن
الا ان يموت فجاة على اشكال اقول ينشا من التفريط بترك الاشهاد لانه نوع حفظ من الوارث لو مات
ولم يعلم وهو معرض للموت ومن الاصل وانه نسي الوديعة على الاحتمال والاقوى الضمان لان الوصية

بها

١٢٤

بها ولانها سبب في منع الوارث من جحودها وفي وجوب ردها ظاهرا ان علم بها وفي نفس
الامر ان لم يعلم وذلك كله سبب للحفظ فتركه ترك سبب الحفظ ولا معنى للتفريط الا ذلك
قال دام ظله ولو لم يوجد في التركة لم يضمن تركها على التلف قبل الموت على اشكال اقول
قال اكثر علمائنا يضمن لانه يجب عليه الرد لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدي وانما يسقط بالتلف
من غير تفريط ولم يعلم فلا يسقط الضمان بالشك ولخلطها الوديعة وجهل عينها فيكون كما لو كان عنده
وديعة فدفنها وسافر ولم يطلع عليها احدا فانه يضمنها لانه تالف فكذا هنا لان السفر والموت في هذا المعنى
واحد وهذا قول الشيخ في المبسوط واستدل بهذين ويحتمل العدم لان الوديعة ليست سببا للضمان
بل سببه التفريط ولم يعلم والحكم بوجوب الضمان مع الجهل بسببه محال ووجوب الرد مشروط بوجود العين
ولم يوجد والاصح الثاني قال دام ظله ويرجع على المالك وان نهاه على اشكال اقول ينشا من ان
الشرع للنهي من امر الشارع فانه حق الله تعالى فصار كالاطلاق والتحقيق انه نهي المالك منهي عنه شرعا و
النهي في غير العبادات اذا اقتضى الفساد بطل نهي المالك فصار وجوده كعدمه والا فالاقوى هنا البطلان
لان حكم النهي اذا لم يتم الا باقتضائه الفساد وجب القول به وهو هنا كذلك لان النهي عن نهي المالك يعرض
حفظ الحيوان ولا يتم الا بفساده وحفظ مال المنفق فوجب القول به قال دام ظله ويضمن لو نقل
الا الى ما هو احرز او مساو وعلى راي اقول الخلاف في المساوي قال الشيخ في المبسوط لا يضمن لان
المقصود الحرز ولو نهاه فاخرجها لغير عذر ضمن والاولى الضمان لانه خالف وهو اختيار والدي
المصنف في المختلف لان الامر بالشيء يستلزم النهي عن ضده والاكوان متضادة فالاقرب من نهيه عن
اخراجها وعدمه قال دام ظله ولو ضيع بالنسيان فالاقرب الضمان اقول وجه القرب انه فرط
بنسيانه لقدرته على التكرار وقال الحنابلة النسيان لا يتهو صدا العلم والعلم مقدور فيكون النسيان مقدورا
ويحتمل عدمه لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه والمراد الحكم والاقرب
الاول قال ولو سلم الى الظالم مكرها استقر الضمان على الظالم والاقرب انتفاؤه عنه
اقول هذا هو المشهور وقال ابو الصلاح يضمن اذا استصحابه لنا انه ترك التسليم ضرر وهو منفي
فساغ التسليم فلا يستعقب الضمان واحتج ابو الصلاح بانه متلف بالتسليم الى الظالم فكان ضامنا
دفع الضرر عن نفسه كما يتناول مال الغير فكان عليه ضمانه والجواب الضرر سقط والاول اقوى

قال دام ظله وهل يجب عليه الاحتفاظ لو طلبه الظالم الاقرب ذلك اقول وجه القرب
ان الحفظ واجب ولا يتم الا به وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب لانه متمكن من الحفظ بالاحتفاء فاذا
تركه وتلف ضمن ويحتمل عدمه لانه ضرر عليه والاقوى الاول قال دام ظله والجحود للضمان مع المالك
بعد مطالبته لا مع مطالبة غيره وفي سؤال المالك اشكال اقول منشاؤه من انه بانكاره منع المالك عن
طلبه فكان كمنعه ومن انه لم يطلبه فلم يمنعها والاقوى الضمان قال دام ظله فان اقيمت عليه البينة
فادعى الرد او التلف قبل وان كان صيغة جحوده انكار اصل الوديعة لم يقبل بغير بينة ولا معها
على الاقوى لمناقضة كلامه اقول جزم الشيخ بعدم سماع دعواه من غير بينة وقوى عدم سماع
بينته ايضا وقال ابن الجنيد يسمع دعواه من غير بينة فاذا حلف سقط الضمان لان انكاره يجوز ان يكون عن سهو
ونسيان لها والحق انه لما تناقض كلاماه لم يسمع دعواه ولا بينته كانكار الابداع والاستيداع والا
سمعت كقوله لا يستحق عندي شيا قال دام ظله وان كان صيغة جحوده لا يلزمني شيء قبل قوله في الرد
والتلف مع البينة وبدونها في الاجود وفي الاول على رأي اقول انما يقبل في الاول الى الرد لاصالة
عدمه وذهب الشيخ في المبسوط الى ان القول قوله في الاول لانه امينه ولا بد له على حفظها وهذا هو الاصح
عندي هو المشهور لان قبول الوديعة احسان محض لا في مقابلة عوض يساوي والضمان سبيل وقال تعالى
ما على المحسنين من سبيل ولان المالك يجعله بدعواه مفرطا بل متعديا والاصل عدمه ولان عدم قبول
قوله ينافي ما فعل من الاحسان المحض وهو ضد اللطف واحكام الشرع الطاف واصالة عدم الرد معارض
باصالة عدم الضمان وبقاء الامانة قال دام ظله ولو اقر له بتلفها قبل الجحود في الحرز فلا ضمان وفي سماع
بينته بذلك اشكال لانه لم يقبل لو شهدت بالاقرار اقول قوله بذلك ان كان راجعا الى الاقرار اي لو ادعى اقرار
المالك بالتلف من الحرز قبل الجحود واقام بينة على الاقرار فيكون منشاؤه من انه لا يسمع بينته فلا يسمع بالاقرار
به ومن ان الاقرار موجب لزوال الضمان ولم ينكر الاقرار اولا لكن ذلك ينافي ظاهر قوله لانه لم يقبل لو شهدت
بالاقرار وان كان قوله بذلك راجعا الى التلف فيكون تكريرا للمسئلة المتقدمة والظاهر انه تكررها وانما ذكرها
هنا لانه في الاول قد قوى عدم السماع ثم تغير اجتهاده فاستشكلها فلا منافاة ومنشاء الاشكال حينئذ
من حيث ان البينة حجة شرعية يثبت بها ما يثبت بالاقرار ومن حيث ان قبول البينة متفرع على سماع الدعوى المتقدمة
لها وهنا لا يسمع لتكذيب المدعي اياها وهو يستلزم تكذيب البينة لاتحاد المخبر عنه فيهما فلا تفترقان

البينة

١٢٩
البينة بالتلف وبين اقرار المالك به الا ان يفرق على تقدير الاقرار في حق المقر بخلاف البينة قال دام ظله
ولو لم يطلب وتمكن من الرد ففي الضمان اشكال وكذا كل امانة كالثوب يطيره الريح في داره اقول منشاء من انه
امر بالرد ولم يرد فقد خالف فيضمن ويحتمل عدمه لانه لا يجب على المستودع تكلف الرد ولا تحمل مؤنته بل الواجب
التخلية بين المالك وبينها وتمكنه من اخذها وهذا لم يمنع وقال المصنف في منتهى الاشكال انه لما امره
بالرفع اليه وكيله فكان زعمه قبضه ما في يده كالامانات الشرعية كالثوب يطيره الريح الى داره وفيه
وجهان احدهما انه يمتد الى المطالبة كالودايع واظهرهما انه ينتهي بالتمكن من الرد ومبنى هذا على انه هذا الامر
هل هو عزل ام طلب فينزل بمنزلة قوله اعطني والوجه الاول وهو الضمان واما الثوب تطيره الريح
الى داره فيجب عليه اعلام المالك او وكيله على الفور بقدر الامكان وتمكين المالك من اخذه قال دام ظله و
لو كان المودع غاصبا الى قوله وليس له التملك مع الضمان على اشكال اقول فرض المسئلة اذا كان المستودع
جاهلا بالغصب والمالك والاشكال ينشاء من حيث انه مال في يده لمالك محترم وعنده ولم يلحظ بسبب محرم فكان
محرما فكان حكمه حكم اللقطة وللاصحاب فيه ثلاثة اقوال قال الشيخ في النهاية يعرفها حولا كما يعرف
اللقطة فان جاء صاحبها والا تصدق بها عنه وتبعه ابن البراج وهو اختيار ابن الجنيد لما رواه حفص
بن غياث قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين اودعه رجل من اللصوص دراهم او متاعا واللص مسلم هل يرده
عليه قال لا يرده فان امكنه ان يرده على صاحبه فعل والا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا
فان اصاب صاحبها ردها عليه والا تصدق بها فان جاء بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم فان اختار الاجر
فله وان اختار الغرم غرم له وكان الاجر له قول المفيد انه يتصدق بها اذا حال اربابها يخرج منها الخمس
الى فقراء آل محمد وايتامهم وابناء سبيلهم ويصرف الباقي الى فقراء المؤمنين ولم يشترط التعريف حولا
ويقرب منه قول سلار انه يدفعها الى الامام العادل لانه ولي الغياب فان لم يتمكن منه حفظها فاوصى
بها عند وفاته وهو قول ابي الصلاح وابن ادريس والمصنف في المختلف وهو الاقوى لعصمة مال الغير قال دام
ظله ولو مزجها الغاصب بماله فان تميزت وجب ردها على مالكها دون المودع والا رد الجميع على المودع
على اشكال اقول منشاؤه قول الاصحاب قال ابن ادريس يجب عليه ردها على المودع بدليل اجماع اصحابنا والاجماع
المنقول بخبر الواحد حجة وانه رد العين الى الغاصب وهو لا يجوز والا ولى الى الحاكم قال دام ظله ولو انكر
الوديعة او ادعى التلف فان كان بسبب ظاهر او نقص القيمة او عدم التفريط فالقول قوله مع اليمين وفي الرد نظر

اقول قال الشيخ القول قول المستودع لانه امينه ولا بد له على حفظها ويحتمل ان يكون قول المالك
لانه منكر والاقوى عندي قول الشيخ فهو من خواص اجتماع الوديعة والامانة قال دام ظله فان صدق الاذن
وانكر التسليم فكدعوى الرد اقول قد تقدم البحث في دعوى الرد قال دام ظله ولو مات المستودع
ولم توجد الوديعة في تركته فهي والدين سواء على اشكال هذا ان اقر عنده وديعة او عليه وديعة او ثبت
انه مات وعنده وديعة اقول الاشكال السابق في اصل الضمان وهذا في كيفيته يحتمل بعدم صاحب
الوديعة لحصولها لا صالة البقاء واشتباه عينها ويحتمل التحاصص كالديون والاصح الاول لان حق الوديعة
متعلق بعين التركة كالرهن قال دام ظله اما لو كانت عنده في حياته ولم يوجد بعينها ولم يعلم بقاؤها
ففي الضمان اشكال اقول ينشأ من قوله عليه السلم على اليد ما اخذت حتى تؤدي ومن سقوط الوجوب عنه
التلف بلا تفريط ولم يعلم لان الاصل بقاء ما كان على ما كان ونمنع ان هذه اليد لا يقتضي الضمان ومن سببه التفريط
والاصل عدمه واصل البقاء يعارضه اصل البراءة قال دام ظله فان ادعيا علمه احلفاه على نفي العلم
يمينا واحدة ويحتمل التعدد اقول وجه الاول وهو قول الشيخ في الخلاف انا نعلم ان احدى الدعويين
كاذبة قطعا لاستحالة اجتماعهما فلا يتوجه عليهما يمين فلا يتوجه الا لاحديهما وليست معلومة فصل بينهما
ووجه التعدد وهو اختياره في المبسوط لان كل واحد منهما مدع بالنظر الى دعوى يجوز سماعها وامتناع صدق المجموع
من حيث هو مجموع لا يستلزم امتناع صدق كل واحد بانفراده والمنظور في الدعوى الثانية خاصة وجواز كونه
بينهما المقصد الثاني في العارية قال دام ظله والاقرب جواز اعارة الدراهم والدنانير ان
فرض لهما منفعة حكمية كالتزين بها والضرب على طبعها اقول وجه القرب وجود المنفعة مع بقائها
ومن عدم قصدها عادة واعلم ان الشيخ في المبسوط والخلاف جوز اجارة الدراهم وعلل بجواز الانتفاع
بها مع بقاء عينها ويلزم من قوله رحمه الله وتعليله هنا جواز اعارتها ومنع ابن ادريس من اجارتها قال
لانه لا منفعة لها الا باستهلاك عينها ويلزم من تعليله منع العارية قال دام ظله ولو قال اعرتك
حماري لتعيرني فرسك فالاقرب الجواز لكن لا يجب اقول وجه القرب ان الاصل منها عوض والعارية بغير عوض
والاقوى الاول لانه شرط لا يخالف الشرع والاصل الجواز وليس بعوض لان المقتضي للعوضين عقد واحد وهنا
ليس كذلك قال دام ظله اما لو لم يعط الثاني فالاقرب الاجرة اقول وجهه تعذر الشرط ويحتمل عدمه
لان العارية لا يستعقب العوض والاصح الاول لان كل شرط صح في عقد يسلط الفسخ بفواته فاذا فسخ العارية

فيشترك تعينه ح

العا

العارية استحق مسمى العارية بغير عوض فوجبت الاجرة قال دام ظله ولو رجع بعد البناء والغرس
والزرع فالاقرب اجابته لكن بشرط دفع ارش الغرس والزرع ولو قبل ادراكه اقول القرب هنا في موضعين
آ جواز القلع لانها عارية فلا تجب للاصل والخلاف هنا في مسئلتين احدهما في الغرس والبناء فان العارية
لهما ان لم يكن الى مدة معينة جاز اجماعا وان كانت الى مدة معينة قال ابن الجنيد لا يجوز قبل انقضائها
لثبوت الضرر على الغارس والثانية نحو الزرع قال الشيخ وابن ادريس ليس له قلعه قبل ادراكه وان دفع الارش
لان له وقتا ينتهي اليه والاقوى عندي اجابته ب في دفع الارش ومنعه قوم لانه غير مستحق البقاء ولا لكون
وانما هو عادية والعارية لا يستعقب الضمان ولان له المطالبة بتفريغ ملكه متى شاء وقال الشيخ وابن الجنيد
يضمن الارش لانه وضع ما دون فيه وازالته لتفريغ نفسه فيضمنه وهو الاقوى عندي والاقرب عند المصنف
قال دام ظله والاقرب توقف تملك الغرس بالقيمة والابقاء بالاجرة على التراضي منهما اقول الاقرب هنا في
توقف تملك الغرس بالقيمة على التراضي للاصل وقال الشيخ وابن الجنيد اذا دفع صاحب الارض قيمة الغرس
اجبر المستعير على اخذها وتملكه صاحب الارض الغرس لانه لا ضرر عليه فيها والاقوى الاول لعصمة مال المحترم واما
توقف الابقاء بالاجرة على التراضي فاجماعي قال دام ظله وان رجع في عارية الجدار لوضع الخشب قبله
جاز وبعده على الاقوى فيستفيد التخيير بين طلب الاجرة للمستقبل مع رضا المستعير وبين القلع مع دفع
الارش للنقص اقول وجه القوة انه عارية فلا يلزم والاصل ويحتمل عدمه كما مر في الغرس والاقوى الاول قال
دام ظله وان ادى الى خراب ملك المستعير لكون الاطراف الاخر مثبتة عليه على اشكال اقول قال الشيخ
ليس له الازالة بعد الوضع وان ضمن الارش لانه يؤدي الى قلع جذوع من ملكه مجبرا بخلاف الغرس لانه في ملك غيره
وتبعه ابن ادريس واختار المصنف في المختلف جوازه لانها عارية فللمالك الرجوع فيها وان ادى الى تخريب
مال الغير لانجباره بالارش وهذا هو الاصح عندي قال دام ظله لو رجع قبل الغرس فلم يعلم حتى غرس
جاز له القلع مجانا على اشكال اقول ينشأ من ان المأذون له في امر اذا رجع الآذن ولم يعلم المأذون هل
يبطل الاذن ام لا وسيأتي في الوكالة قال دام ظله وفي استحقاق الاجرة قبله نظر اقول ينشأ من انه
تصرف في ملك الغير مع زوال الاذن ومن عدم بطلان الاذن كما تقدم والتفريط منه حيث غرس فضعفت
المباشرة وكان السبب اقوى قال دام ظله ولو حمل السيل نواه فنبت في ارض غيره اجبر على القلع والاقرب
ان عليه تسوية الارض لانه قلعه لتخليص ملكه اقول ويحتمل عدمه لان الفائدة في تخليص ملك صاحب الارض اعظم

من فائته مالكه لنوى والاول قوى قال دام ظله ولا فرق بين العين والزرع على اشكال ينشأ من ان
للغرس والبناء التأبيد وللزرع مدة ينتظر فليلزمه الرجوع قبلها اقول منشأه ان العارية غير لازمة وقد
تقدم تحقيق المسئلة قال دام ظله وفي دخول المصوغ نظر اقول منشأه من رواية زرارة في الحسن قال
قلت لابي عبد الله عليه السلم العارية مضمونة قال فقال جميع ما استعرته فتوى فلا يلزمك تواه الا الذهب
والفضة فانهما يلزمان الا ان تشترط انه متى توى لم يلزمك تواه وكذلك جميع ما استعرت فاشترطت عليك لزمك
والذهب والفضة لازم وان لم تشترطه عليك وهو عام في المصوغ وغيره ومن رواية الحلبي الصحيحة عن الصادق
عليه السلم ليس على صاحب العارية ضمان وصاحب العارية والوديعة مؤتمن خرج الدراهم والدنانير بالاجماع فيبقى الباقي
على الاصل والقائل بان العام المخصوص ليس بحجة في الباقي لا يتم هذا الاستدلال عنده وما رواه الحسين بن
سعيد في الصحيح عن صفوان عن ابن مسكان قال قال ابو عبد الله عليه السلم لا تضمن العارية الا ان يكون اشترط
فيها ضمانا الا الدنانير فانها مضمونة وان لم يشترط فيها ضمانا وما رواه احمد بن محمد عن محمد بن ابي عمير عن
جميل بن صالح عن عبد الملك بن عمرو في الحسن عن ابي عبد الله عليه السلم قال ليس على صاحب العارية ضمان الا ان يشترط
صاحبها الا الدراهم فانها مضمونة اشترط صاحبها او لم يشترط ففي هاتين الروايتين حكم بعدم ضمان العارية
وهو عام لان النكرة في سياق النفي عام بالا في الدراهم والدنانير واشتراط الضمان فيدخل المصوغ في عموم عدم الضمان
لانه ليس بدراهم ولا دنانير وهذا المخصص للاستثناء الاول لان الاول اعم من هذا لاستواء القضيتين في الحكم
الاول وخصوص الاستثناء في الثاني وعمومه في الاول فكانت هاتان الروايتان اخص من الاولى والعام يبنى
على الخاص مع جهل التاريخ ولا تظنن رجوع هذا الى ان ذكر بعض العام هل يخصص العام ام لا لان هذه في قوة
قضيتين احديهما جميع ما عدا الدنانير والدراهم لا يضمن في العارية والدراهم والدنانير تضمن بالعارية
والمصوغ هو ليس بدراهم والدنانير فنقول المصوغ هو ليس بدراهم ولا دنانير وكلما هو ليس بدراهم ولا دنانير
لا يضمن بالعارية ينتج المصوغ لا يضمن بالعارية وهو المطلوب وفائدة قوله عليه السلم فانها مضمونة شرط
صاحبها او لم يشترط شيئان آ التصريح هنا لظن من يتوهم ان الاستثناء من النفي ليس باثبات ب ليعلم انه
ليس استثناء من الاستثناء خاصة والا لم يكن مضمونا اصلا لان الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات
نفي بل يكون مستثنى من عدم الضمان في العارية ومن اشتراطه بالاشتراط وقال الشيخ في المبسوط والذهب
والفضة مضمونان شرط فيهما ذلك او لم يشترط والاقوى عندي انه لا يضمن الا الدراهم والدنانير قال

دام

دام ظله فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل ان كان والا فالقيمة يوم التلف ويحتمل اعلى القيم من حين الضمان
الى حين التلف اقول وجه الاول انه ما دامت العين باقية فيجب ردها ولا اعتبار بالقيمة وانما يجب
بالتلف فيجب عنه ووجه الثاني انه اذا فرط صار قبضها مضمونا فكان كالغاصب ولان القيمة مضمونة ولا
يزول الضمان الا برد العين ولم يحصل وقال ابن حمزة ان هلك مضمونا لزمه قيمته يوم القبض فان هلك غير مضمون
بالتفريط لزم قيمته يوم التلف والاقوى يوم التلف قال دام ظله وكذا لو شرط الضمان فنقصت ثم تلفت
او استعملها ثم فرط فانه يضمن القيمة يوم التلف لان النقص غير مضمون على اشكال اقول البحث هنا في النقص بالاستعمال
وضمان القيمة يوم التلف غير ضمان النقص وهذا قول الشيخ في المبسوط قال لان ما ذهب من الاجزاء بالاستعمال ماذون في ذهابها
بمجرى العادة ومن رواية وهب عن جعفر عن ابيه عليهما السلم ان عليا عليه السلم قال من استعار عبدا مملوكا لقوم
فعيب فهو ضامن الحدث فيجعل النقص للاجزاء مضمونا ولان مقتضى الضمان مع عدم رد العين اجزائها
وصفاتها يضمن ما فات وبمنع صحة السند وعلى الاحتمال ضمان اعلى القيم مع التعدي يضمن هنا الاعلى لان نقص
السوق غير مضمون ونقص الصفات اولى والاصح الضمان وهو اختيار ابن الجنيد وابي الصلاح قال دام ظله
ويستقر الضمان على المستعير ومع الجهل يضمن الغاصب الا ان يكون ذهبا او فضة فان الاقرب الرجوع
على المستعير خاصة اقول اما القيمة فلانه دخل على ان يضمنها فان كانت لم تتغير بزيادة ونقصان من
حين الغصب الى حين التلف فلا بحث وان كانت في يد الغاصب ازيد ثم من حين قبضها المستعير الى حين التلف
لم يضمن الغاصب الزيادة لتلفها في يده مع كونها مضمونة عليه والنمائز ولضمان زيادة السوقية برد العين
ولم تردد دون المستعير فان قلنا يستقر ضمان الاجزاء عليه مع بقاء العين فهنا اولى وان لم نقل باستقرار ضمانها عليه
فمع التلف ان قلنا بضمانها على القيم من المالك استقر عليه هنا جميع القيمة والا استقر عليه قيمته يوم التلف
وعلى الغاصب الفاضل وان زادت السوق ابتني على ضمانه من المالك على القيم وعدمه واما الاجرة فلانه ضمن
ما تلف فيه فلا يرجع به على غيره ويحتمل عدمه لانه لم يدخل في العارية على ان لا ضمان عليه في المنافع واما ارش النقص
بالاستعمال الماذون فيه فان قلنا بضمانه من المالك ضمن واستقر عليه قطعا لانه اولى وان قلنا بعدمه وكان بغير
الاستعمال فيجاء احتمالا الاجرة والتقريب ما مر عند اوضح هذه المسئلة املاء على المصنف دام ظله والضابط
انه كل يد تعقب يد الغاصب بغير اذن المالك جعلت يد ضمان وكلما ضمنت على تقدير ان الغاصب مالك استقر
ضمانه عليها والا على الغاصب هذا هو الصحيح عندي قال دام ظله ولو اذن في زرع الحنطة تخطى الى المساوي

والأدون لا الأضر فلو نقله حرم التخطي وعليه الأجرة لو فعله والأقرب عدم إسقاطها لتفاوت مع النهي
لا الإطلاق أقول الأقرب هنا في موضعين أ عدم إسقاط التفاوت وهو أجرة الحنطة من أجرة القطن
مع النهي لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه فوجب عليه الأجرة هذا في الأضر وأما المساوي والأدون فيجب تمام
أجرتهما أيضاً كملاً ويحتمل ضعيفاً السقوط لأنه استقطع عنه تلف منافع الحامل بردع الحنطة بغير عوض
والزائد هو المضمون خاصة لأنه غير ما دون فيه فيلزم على هذا التقدير أن المساوي والأدون إذا ساوت أجرة
غير المأذون فيه أجرة المأذون ونقصت عنها لا شيء فيهما وليس بجيد لأنه تصرف مضمون بغير إذن المالك ب
إسقاطه مع الإطلاق لأنه أذن في استيفاء هذه المنافع فلا يجب عليه أجرتها ويحتمل عدمه لأنه أذن في استيفائها
في شيء خاص لا مطلقاً وثبوت الحكم للخاص لا يستلزم ثبوته لكل أفراد كلية والأقوى اختيار المصنف في الموضعين
قال دام ظله وفي القيمة مع التفريط والتضمين على رأي أقول هذا اختيار ابن إدريس في الموضعين
وقال الشيخان وسلار وابن حمزة وابن البراج وأبو الصلاح القول قول المالك مع اليمين مع التفريط لبطلان
الأمانة بالجناية ولأن المالك يدعي بقاء ما له في ذمته لا ابراء بهذا القدر والضامن يدعي زوال الملك ذمته بدفع هذا
القدر أعني الذي يزعم أنه قيمته وأنه بريء بدفعه والأصل البقاء وعدم تحقق البراءة والأقوى قول الأصل البراءة
من الزائد قال دام ظله لو أعار المستعير فللمالك الرجوع بأجرة المثل على من شاء ويستقر الضمان على الثاني
مطلقاً على إشكال وكذا العين أقول الإشكال في استقرار الضمان على الثاني إذا كان جاهلاً وينشأ من أنه يضمن
ما أتلفه فلا يرجع به على غيره لأنه المباشر ومن غروره فصار السبب وهو المعير أقوى وأما العين فلأن التلف
في يد العارية مضمونة فيستقر الضمان عليه والأقوى عندي عدمه لأنه مغرور والمغرور إذا باشر الإتلاف
بالإذن لم يضمن فهنا أولى قال دام ظله لو أذن المالك في الإجارة أو الرهن لزمه الصبر إلى انقضاء المدة
على إشكال فيتقدر المدة في الإجارة ويضمن المستعير في المضمونة دون المستأجر والمرتهن أقول ينشأ من أنه إذن
في عقد لازم فيلزم ومن أن العارية ليست بلازمة ولرواية الحسين بن سعيد في الحسن عن فضالة عن أبان عن حذيفة
عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل استعار ثوباً فرهنه فجاء أهل المتاع إلى متاعهم قال يأخذون متاعهم وترك الاستفصال
في حكاية الحال مع قيام الاحتمال يدل على عموم المقال والأقوى عندي وجوب الصبر لأنه أذن في عقد لازم لنفسه

المقصد الثالث في اللقطة مقدمتان أ اختلف أهل اللغة في اللقطة بضم اللام وفتح
القاف فقال الفراء والأصمعي هي اسم المال الملقوط وقال الخليل بن أحمد اسم الملتقط لأن ما جاء على وزن فعلة

فهو

فهو اسم الفاعل كهمزة ولمزة أما اللقطة بتسكين القاف فهو المال وفي حديث زيد بن خالد الجهني أجمع الرواة
على روايته بالتحريك ب هل اللقطة حقيقة شرعية بحث الفقيه عن أحكامه وهو مفرع على وضع أهل اللغة وإنما
بحث الفقيه عن التقاط مشروط بشروط فهو بحث عن نوع خاص من الالتقاط فيه قولان وليس هنا موضع بحثه قال
دام ظله ولو تزاحم ملتقطان قدم السابق فإن تساويا فالأقرب تقديم البلدي على القروي والقروي على البدوي
والموسر على المعسر والظاهر العدل على المستور نظراً أقول ينشأ من صلاحية كل للالتقاط وإنما فلا بحث في كل
ولايته وقد تعارضا فلا ترجيح ومن أنها شرعت لحفظ الطفل وكل من كان منه هذا آكد كان أولى بها والبلدي
أحفظ لنسبه ثم القروي والغني أقوى بأوده والعدل محل الأمانة واللقطة أمانة وإنما وجب الترجيح لاستحالة
إبراء عنهما لاستلزامه إسقاط حق لزم له وعليه وتركه للحضانة حرج والتساوي قطع النزاع مع الخلاف والأولى
عندي القرعة قال دام ظله وفي ترجيح دعوى المسلم الحر على دعوى الكافر والعبد نظر أقول قال الشيخ
في الخلاف الحر والعبد والمسلم والكافر في دعوى النسب سواء لا مرية لأحدهم على الآخر وقال في المبسوط إن
الحر أولى من العبد والمسلم أولى من الكافر وقال ابن الجنيد لو ادعاه حر وعبد لحقناه بالحر فإن قامت
البينة بأنه ولد العبد ألحقناه نسبه وأقررناه على الحرية إلا أن تكون البينة قامت بأنه ولده من أمة وتردد
المصنف من حيث صلوح كل واحد للأبوة ومن حيث أن المسلم والحر أقوى من الكافر والعبد وأنا أقول
إذا التقط في دار الإسلام يقدم المسلم والحر لأنا حكمنا بإسلامه وحريته وذلك يستلزم الحكم بإسلام أحد
أبويه وحريته لأن تبعية الدار إنما هي بواسطة تبعية النسب لأن المولود من كافرين لا يتبع الدار في الإسلام
بل إنما يتبع الدار مجهول النسب فلا بد وأن نحكم بإسلام أحد أبويه لكن نسبة الأب والأم في هذا الحكم واحدة
فيحكم بإسلامهما وإلا لزم الترجيح بلا مرجح ولأنا نحكم بوجودهما في دار الإسلام وتولده فيها وبحريتهما
لأن الكافر والرق يحتاج إلى بيان والأصل عدم الحلف وإذا حكم الشارع بإسلام أبويه لم يحكم بكفر أحدهما
فلا يلحق بالكافر لمنافاة الحكم بالإسلام وكذا في الرق ولأن المسلم يركن إليه في النسب ولهذا يقبل دعواه
مع عدم المعارض من غير بينة والكافر لا يركن إليه في شيء لقوله تعالى ولا تركنوا إلى الذين ظلموا فتمسكم النار
نهي عن إدخال ماهية الركون في الوجود فيعم ولأنه علق مس النار بمجرد الركون مطلقاً فيحرم ولما كان المحكوم
بأنه مركون إليه يرجح المسلم على الكافر قال دام ظله والأقرب افتقار الأمر إلى البينة والتصديق
بعد بلوغه أقول قال الشيخ في المبسوط يقبل دعواها كالأب ووجه القرب أنه لا يخرج بالإجماع فيفتقر على

على الاصل والاصح الثاني قال دام ظله فان اعترف المولى بسبقه فالوجه القبول فيرجع الملتقط عليه ان كان
العتق بعد قبل البيع اقول اذا كان الملتقط مملوكا وانفق عليه الملتقط غير متبرع فله الرجوع على المالك
مع العتق ويتعلق برقبته فاذا تعلق بها فاعترف المولى بعتقه قال المصنف الوجه القبول ووجه القرب
ان الاصل في اللقيط الحرية وقد عضد اقراره الاصل فصار اقوى من الحكم بالرقبة ولانه لو وجد ما ينافي هذا
الاقرار لان الحاكم انما بنى على الاصل التقاء وهو ضعيف لاقرار المالك بحريته والعتق مبني على التغليب ويحتمل
عدمه لتعلق حق الغير به والاصح الاول لكان الاقرار قبل بيعه في النفقة لانه يتبع منه الثابت للعتق لا وقع قبل
اقراره فيه فعلى هذا يرجع بالنفقة على المالك لكان الانفاق قبل العتق والبيع قال دام ظله ولو كان الملتقط
او مراهقا فالاقرب منع من اخذه لانه كالضالة الممتنعة اقول ويحتمل الجواز لانه مال الضائع والاصح
الاول قال دام ظله والاقرب ثبوت الولاية للمبذر والبدوي ومنتقل السفر اقول وجه القرب انه تعاون
على البر والتقوى فهو من باب العبادات ويحتمل العدم لا يستتبع تصرفه في المال للنفقة عليه وربما ضاع بينه
ولانها ولاية فلا يثبت للمبذر قال دام ظله ويجب على الملتقط الحضانة فان عجز سلمه الى القاضي
وهل له ذلك مع التبرم والقدرة نظر ينشأ من تبرعه في فرض كفاية فيلزمه اقول الحضانة
ولاية التربية والحفظ والرعاية اذا تقرر ذلك فقول الملتقط يلزمه الحضانة بالمعنى المذكور فان
عجز سلمه الى الحاكم وهل له مع القدرة والتبرم التبري منه وتسليمه الى القاضي ذكر المصنف فيه اشكالا
ومنشاؤه ان الشروع في فرض الكفاية هل يوجب اتمامه ويصير الشارع فيه متعينا عليه ام لا يحتمل الاول
لقوله تعالى ولا تبطلوا اعمالكم ويحتمل الثاني للاصل وترجح جواز تسليمه الى الحاكم ولي الضائع
والاصح عندي عدم جواز التسليم الى الحاكم الا للضرورة لانه قد ثبت عليه حق الحفظ والحضانة والاصل
البقاء قال دام ظله والاقرب ان له السفر والاستيطان في غير بلد الالتقاط اقول ذهب
الشيخ في المبسوط الى انه لا يمنع ان كان امينا ظاهرا او باطنا وان كان امينا ظاهرا خاصة منع لانه لا يخاف
ان يسترقه ووجه القرب انه سبق اليه وقال النبي عليه السلام من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو احق به ويعدم
المانع والبلد الثاني كالاول ويحتمل العدم للابتداع نسبه لانه انما يطلب في البلد الذي ضاع فيه والصحيح
عندي مذهب الشيخ في المبسوط قال دام ظله ولا بالكفر تحته وان كان معه رقعة انه له على اشكال
اقول منشأ من انه في الامارة والدلالة على تخصيص اللقيط اكد من الموضوع تحته ويحتمل عدمه

لانها

١٢٠

لانها ليست بيد والاقوى قال دام ظله وكذا احد الاجداد والجدات وان كان الاقرب جا على اشكال
اقول قال المصنف في التذكرة يتبعانه من انسب تبعيته القرابة لانها لا يختلف كحياة الاب وتحمل كسقوط
القصاص وحد القذف ولان التبعية انما هي للاصالة وهي ثابتة في الجد ولقوله تعالى الذين امنوا واتبعناهم
ذريتهم بايمان الحقنا بهم ذريتهم والاب ذريته لقوله تعالى ومن ذريته الاية ومنه ان علة التبعية القرابة
وكلما كانت اقرب كان المصنف بها اولى ولان الشارع علق التبعية بالابوة وهي في الجد مجاز او في الاب
اولى واقدم لانها العلة القريبة والجد علة بعيدة وكان الاب اولى وقوله عليه السلام كل مولود يولد على
الفطرة وانما ابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه يخص التبعية بالابوين وهما حقيقة في الابوين بلا واسطة لان الحديث
واللفظ انما يحمل على حقيقته وتركناه في موت الاب كالمعدوم فبقي في حياته قال دام ظله الثاني تبعية
السابي المسلم على راي اقول المسلم اذا سبى صبيا كافرا دون البلوغ منفردا عن تبعية الابوين قال الشيخ في
المبسوط يتبع السابي في الاسلام لان السابي الجاحد فبطل تبعية الابوين وتبعيته للدار لا معنى عنه
ولابد من طريق الى اسلام الطفل لانه لطف فلا يمنعه فتعين السابي فيه واستشكله المصنف لحصر علة المسلم
بسبب كفر مع كفر ابويه في قوله عليه السلام وانما ابواه يهودانه الحديث وحصر علة الوجود في تنقيض حصر
علة العدم فيه ايضا لان علة الوجود هي علة العدم لكن الاولى بوجودها والثانية بعدمها ولانه قد
ثبت كفره بقوله تعالى ولا يلدوا الا فاجرا كفارا والحديث والاصل البقاء والاقوى عندي ما اختاره
والدي المصنف في آخر عمره وهو انه يتبعه في الاسلام بالنسبة الى الطهارة لا الى غيرها قال دام ظله فان بلغ
واعرب عن نفسه الكفر ففي الحكم بردته تردد اقول الحكم باسلام اللقيط انما يحصل من تبعية الدار لا الاستتباع
المباشرة ويحتمل السبب في تبعيته للمسلم لنسابه عنه من تبعيته والضابط في تبعية الدار ان كل صغير مجهول وجد في
دار الاسلام او دار فيها مسلم واحد يمكن ولو كان فاجرا او اسيرا يحكم باسلامه اذا عرفت ذلك فنقول اذا بلغ
من حكم باسلامه بتبعية الدار واعرب عن نفسه الكفر هل يحكم بردته تردد والذي المصنف دام ظله فيه من
ضعف تبعيته للدار لانها امارة يمكن خلافها وحكم الشارع بها تغليبا لحرمة الاسلام فلا استدلال بالنوعين الاولين
برهاني بعد العلم ثم ان الدار استدلال بالامارة يفيد الظن ومن حيث الحكم باسلامه فهو مسلم كفر بعد اسلامه
وكل من كان كذلك فهو مرتد وقال الشيخ في المبسوط الاقوى انه لا يقبل منه فرع ويهدد ويقال الحكم باسلامك ارجع
الى الاسلام فعلى هذا لم يحكم بردته والاقوى عندي قول الشيخ وان اعرابه عن الكفر كاشف عن كفره الاصلي قال

وَلَو ظَلَمَهُ ولو جنى على طرفه فالاقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص او الدية اقول وجهه
القرب انه مسلم حر معصوم وكل من كان كذلك وجب قطع طرفه عمدًا عدوانا القصاص والاولى ظاهرة لانا
حكمنا باسلامه وحريته وعصمته والثانية للاية وكلمه وجبت له القصاص جاز لوليه استيفاؤه
لان العلة القاسية في شرع القصاص انما هو حقن الدماء من التجري عليها لقوله تعالى ولكم في القصاص
حيوة وهذه الغاية لا يتوقف على البلوغ المنتصر وتاخرها ربما يفوتها وولى اللقيط الامام او نائبه
فله استيفاء القصاص واذا كانت الدية اصلح والولى له عمل الاصلح كان له استيفاؤها ومنع الشيخ في المبسوط
من استيفاء القصاص والدية له مع كونه مميزا عاقلا او معتوها موسرا الى البلوغ فان بقي معتوها استوفى
الحاكم وان كان معتوها معسرا اجاز اخذ المال ومنع من القصاص على القصاص الغائبة فيما ذكرنا بل القصاص
غاية اخرى ايضا والفرق بين الصبي والمجنون ان للصبي غاية معلومة ينتظر فليس التاخير اليها
تفويتا وليس للمجنون غاية معلومة ينتظر والتاخير لا الى غاية معلومة منتظرة تفويت في النفوس يجوز
فـرع ان جوزنا اخذ الدية في العمد فهل للولي عليه اذا كمل ردها واستيفاء القصاص قيل نعم لانها
ليست بواجبة بالاصالة وانما هي بدل عن القصاص لتعذره فكانت للحيلولة ورد بان الحيلولة
انما يقدر مرجانها الجاني وليس كذا هنا بل هي من المجني عليه ولو كانت للحيلولة لما اخذها الصبي
المميز فهي عفو كلي واسقاط للقصاص قال دام ظله وان قتله حر فالاقرب سقوط القود للشبهة
فحينئذ تجب الدية او اقل الامرين منها ومن القيمة على اشكال اقول اذا قتله حر فاما ان يكون
عمدا او خطأ فان كان الاول قيل يقتص له من الحر وقيل لا وهو اختيار المصنف وماخذ القولين
ان الحكم بالحرية هل هو حكم مطلقا او فيما لا يثبت حريته شيئا على غيره لولا الحرية لما ثبت عليه
كضمان ما في يده له اذا المعصوم متلف لان مال المعصوم مضمون على المتلف فليس الضمان بسبب الحرية
فاذا حرم المتلف فلا عوض له فيمن يصل اليه يحتمل الاول لان الاصل الحرية ولان الدار في المجهول لو لم
يكن سببا ولا يستلزمه السبب لم يصح جعلها دليلا لكن التالي باطل لان الشارع جعلها دليلا
ويحتمل الثاني لتعارض اصل الحرية وبراءة ذمة من يستلزم حريته ثبوت شيء في ذمته وليس تقدم الحرية
اولى من العكس فعلى الاولى فقضه يدل عليه قوله تعالى النفس بالنفس وهو عام خص منه من علم عبوديته
او كفره والعام المخصوص حجة في الباقي والمصنف رجح الثاني بماخذ ثالث وهو ان دم المسلم المعصوم

بمح

١٣١

يبنى على الاحتياط التام فلا يقنع فيه بالظن بالتعيين ولا يتعين مع قيام الشبهة واحتمال الرق وان
سقط القود في الحرية المجني عليه ولم يعلم والجهل بالسبب يستلزم الجهل بالمسبب وعلى سقوط القود هل
تجب الدية بالحر المسلم ولا او الاقل منها ومن القيمة استشكله المصنف وسيأتي تحريره في الخطاء وان كان
الثاني وهو ان يكون القتل خطاء ففيه الاشكال كما استشكله المصنف فعلى الاول تجب الدية كاملة
وعلى الثاني تجب اقل الامرين من الدية والقيمة لان المتيقن والزائد مشكوك فيه والاصل عدمه والاقوى
عندي وجوب كمال الدية لحريته فالمقتضي لكمال الدية موجود والمانع وهو التجري على الدماء وهو مقتضي
تقرير النصين الثابت في القصاص منتف فائدة انما قرر هذه المسألة في احتمال الرق ولم يقدرها في احتمال
الكفر لان الاسلام اعلى واقوى ولهذا يستتبع الحمل بعد وجوده بل وبعد انفصاله قبل بلوغه بخلاف
الحرية قال دام ظله وان ادعى رقه لم يقبل من غير صاحب اليد ولا منه الا اذا استند الى الالتقاط
وان استند الى غيره حكم ظاهرا على اشكال اقول العمدة في قوله استندت في الموضعين راجع
الى اليد وتحرير المسألة ان اللقيط في دار الاسلام الاصل فيه الحرية لان الادميين خلقوا ليتحرروا والاشياء
ويملكوا لقوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا لا ليملكوا الا بعقوبة على الكفر ولان اصل الدراهم
الايجاد والاوجاد يخلون من ... الاصل عدم الجلب ... ذلك
من ادعى رق صغير مجهول الحكم بحريته لتبعية الدار يمكن امكانها لا يخلو اما ان لا يكون الصغير
في يده او يكون فان كان الاول لم يقبل واحتاج الى البينة وان كان الثاني فاليد اما التي عرفنا
دخلها الالتقاط المنبوذ او لا بل غيرها فان كان الاول لم يقبل لان الاصل الحرية فلا يترك بمجرد الدعوى
ولانه ترجيح المرجوح للامرجح وهو اولى بالاستحالة من غير ترجيح المساوي والفرق بينه وبين
الثالث ان الحلول والبينة دعواه تعين نصفه انهما الشارع واللقيط حريته حكم بها الشارع وفي
دعوى ملكيته تعيير هذه الصفة وان كان الثاني وهو ان يكون اليد مستندة الى الالتقاط والبينة
الشاهد بقوله وان استندت الى غيره في القبول منه تغير بحثه قولان قال الشيخ في المبسوط يحكم له
لشهادة اليد مع اليمين واستشكله المصنف لان اليد انما سببت التملك كما في تملك المباحات وشرط
التبعية قبول المحل للتملك وهو في الادمي الكفر وقد حكم الشارع باسلام هذا الطفل فانتفى شرط
التبعية واما علامة دالة على خصوصية المالك وتعيينه وشرط الدلالة العلم بكون ما فيها مملوكا
لشخص ما والاصل الحرية فانتفى شرط العلامة ولا حالة ثالثة لليد يتعلق بالملكية غير ما ذكرناه فلا حكم

رقه واعلم ان قول المصنف فان ادعى رقه لا يمكن رجوع الضمير الى الملتقط لانه يحتمل التفصيل وهو قولنا
اما ان يكون المدعي الملتقط او لا وعلى الا لتقاط بل الضمير في ادعى راجع الى المدعي كاملا مسلم والضمير في
رقه راجع الى الصغير المجهول في دار الاسلام الذي الاصل فيه الحرية والاسلام قال دام ظله فان بلغ
وانكر فهو حر ولا اشكال اقول هذا فرع على الحكم بالرق لدى اليد مطلقا او مع اليمين كما قال الشيخ وتردد
كثير من العبيد اذا ادعى الحرية ويحتمل القبول لان الاصل الحرية ونحكم بالرق جريا لانه لم يكن له قول
قول معتبر ذلك الوقت فاذا صار له قول معتبر فلا بد من اقراره او البينة والاصح عندي وعند والدي عدم
قبول دعوى ذي اليد هنا بالرق بغير بينة شرعية فلا يرد هذا الفرع عندنا وانما يتفرع على مذهب الشيخ
خاصة قال دام ظله ولو شهدت بانه مملوكته فاشكال ينشا من انها قد تلد حرا اقول منشاه
بما تحاربته واصالة تبعيته لها قال الشيخ في المبسوط الذي يقتضيه مذهبنا انه لا يكون رقا لانها
شهدت بالاعم من رقيته والعام لا دلالة له على الخاص وهذا هو الاصح عندي قال دام ظله ولو
اقر اولا بالحرية ثم بالعبودية فالاقرب القبول اقول قال الشيخ في المبسوط لا يقبل لانا
حكمنا بحريته لزمناه احكامها من الحج والجهاد والطلاق ويريد بهذا الاقرار اسقاط ذلك
عن نفسه فلا يقبل والمصنف رجح القبول ومنشا القولين قوله عليه السلم اقرار العقلاء على انفسهم
جائز فعند الشيخ مع التضاد يحكم بالسابق وهو الحرية هنا للاصل ولانه حق لله تعالى بحيث فلا يزول
باقرار وعند المصنف انه يحكم بالرقية لما نسبنا اليه الخبر والاقوى عندي اختيار والدي دام ظله قال
دام ظله ولو قذفه قاذف فادعى رقه وادعى هو الحرية فقابلا اصالة براءة الذمة والحرية فيثبت
التعزير ولو قطع حر يده يقابلا ايضا لكن الاقرب هنا القصاص لان العدول الى القيمة مشكوك
فيه ايضا بخلاف التعزير المعدول اليه فانه متيقن اقول لما كان التعزير جزءا من الحد ووجوب الكل
يستلزم وجوب الجزء فكلما وجب الحد فالتعزير ثابت وكلما لم يجب الحد فالتعزير ثابت لعدم خلو الامر عنهما
فالعدول من الحد الى التعزير عدول من ظاهر لان الظاهر الحرية شرعا الى متيقن واما العدول من
القصاص الى القيمة فعدول من الظاهر وهو الحرية الى مشكوك فيه وايضا فان العدول من الحد الى التعزير
عدول من محتمل النقيض لان الحرية ليست متيقنة الى ما لا يحتمل النقيض لان وجوبه يقيني واما العدول من القصاص
الى القيمة فعدول من ظاهر حكم الشارع به وهو الحرية الى مرجوح لان وجوب القيمة تابع للرقية وهو مرجوح

والاصح عندي اختيار المصنف

المقصد الثاني في الحيوان

قال دام ظله وفي رد العين مع
طلب المالك اشكال اقول يجوز لاهل التكسب اخذ البعير الضال المجهول المالك في فلاة مع فقد
الكلاء والماء معا ويملكه هو او مالكه ولا ضمان ولو جاء المالك فطلبه ففي وجوب رد العين
ينشا من عموم قول ابي جعفر عليه السلم من وجد شيئا فهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه فاذا جاء طالبه
رده اليه ولانه كان مستحقا له قبل الالتقاط والاصل البقاء ومن كان الاخذ انما منع لو كان مستقرا
لازما وهو ممنوع فان التملك الطارئ اعم من ذلك كالهبة للاجنبي بغير عوض ومن عموم قول ابي
عبد الله عليه السلم من اصاب مالا او بعيرا في فلاة من الارض قد كلت وقامت وسيبها صاحبها لما لم
يتبعه فاخذها غيره فاقام عليها وانفق نفقة حتى احياها من الكلال ومن الموت فهي له ولا
سبيل له عليها وانما هي مثل الشيء المباح ولثبوت ملك الثاني شرعا وزوال الملك الاول عنها والاصل بقاء
زوال الملك والاقوى عندي ان لمالكها اخذها قال دام ظله اما الشاة فتؤخذ ويتخير بين حفظها
لمالكها او دفعها الى الحاكم ولا ضمان فيهما وبين تملكها والضمان على اشكال اقول اذا اخذ
الشاة الضائعة في الفلاة تخير بين حفظها لمالكها وبين دفعها الى الحاكم ولا ضمان فيهما اجماعا
وبين تملكها وهل يضمن فيه اشكال ينشا من اطلاق الاصحاب انه يملكها من غير تقييد بضمان
والاصل عدمه ومن عموم الرواية الاولى ووجوب صيانة مال الغير والاقوى الضمان اذا وجد المالك مع
طلب قال دام ظله ولو كانت شاة حبسها ثلاثة ايام فان جاء المالك والا باعها وفي اشتراط الحاكم
اشكال وتصدق بثمنها وضمن او احتفظ ولا ضمان اقول اذا اخذ شاة من العمران حبسها ثلاثة
ايام فان جاء المالك سلمها اليه والا باعها وهل يشترط في البيع اذن الحاكم اشكال ينشا من عموم اطلاق
الاصحاب اذن البيع ومن وجود قائم مقام المالك وهو الحاكم لانه ولي الغائب وهو اقوى والاصح عندي
ان امكنه استيذان الحاكم فورا واحتفظ ولا ضمان ان علم الضمان راجع الى الاحتفاظ خاصة قال
دام ظله وفي الصدقة بعينها او بالثمن مع الحول اشكال اقول هنا مسئلتان آ هل يجوز التصدق
بعينها استشكله المصنف من حيث ان هذا التصرف على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع النص
ومن حيث انه اذا جاز صرفها في الصدقة بواسطة فليجز بغير واسطة فلان البيع اثبات ولاية له في تصرف
وهو على خلاف الاصل ايضا فمع جواز الصدقة بها تقليل الخلاف للاصل والاقرب عندي والاقتصار على محل النص

ج هل يجوز بيعها قبل الحول والتصدق بثمنها او يجب تعريفها سنة ثم يبيعها ويتصدق بثمنها
يحتمل الاول لعموم الاذن في بيعها من غير شرط فلو كان مشروطا لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة ولانه
اغراء بالجهل ولانه حمل لسبب عبا التام تاما ويحتمل الثاني لعموم الامر بالتعريف سنة وللاحتياط فانه
يجوز في اثناء السنة ظهور المالك وتعلق غرضه بعين ماله والاصح الجواز لاطلاق قول الاصحاب قال دام
ظله ولو لم يجد الآخذ سلطانا ينفق انفق ورجع على اشكال اقول ينشأ من انه متبرع بالنفقة وهو قول
ابن ادريس ومن وجوب الحفظ ولا يتم الا بالنفقة فتجب فيه لوجوب اذن شرعي في الانفاق فيرجع مع عدم قصد
التبرع وهو الاقوى عندي قال دام ظله وهو مكروه وان نوى من تعريفه ان كان في غير الحرم وفيه تحرم
على راي اقول هذا هو المشهور ويظهر من عبارة ابن البراج جواز اخذ ما نقص عن الدرهم في الحرم والاول
هو الصحيح عندي لقوله تعالى اولم نجعل لهم حرما آمنا وما رواه ابراهيم بن ابي البلاد عن بعض اصحابه عن بعض
بعض اصحاب ابي الحسن الماضي عليه السلام قال لقطة الحرم لا يمس بيده ولا رجله ولو ان الناس تركوها لجاء صاحبها فاخذها
وما رواه علي بن حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر الكاظم عليه السلام قال سألته عن رجل وجد دينارا
في الحرم فاخذه قال بئس ما صنع ما كان ينبغي له ان ياخذه الحديث قال دام ظله ولو عرف الخيانة حرم الا
لتقاط ولو خاف ففي الجواز نظر اقول ينشأ من عموم النهي ومن انها امانة فلا يليها غير الواثق من نفسه
والاصح التحريم قال دام ظله ولو قال او لبنها فنوى الاخذ لنفسه فهو له والا فللآمر على اشكال اقول
هذه مسألة مبنية على ان الالتقاط هل يقبل النيابة ام لا وهو مذكور في باب الوكالة ونقول هنا يحتمل ثبوتها
للاخذ لثبوت احكامها الملزومة له وكلما ثبتت الاحكام الملزومة ثبت السبب اللازم اما الاولى فلان
عبد الله عليه السلام سئل عن اللقطة يجدها الرجل فيأخذها قال يعرفها سنة فان جاء لها طالب والا فهي
كسبيل ماله اثبت هذه الاحكام بمجرد الاخذ ولان مجرد الاخذ يوجب الالتقاط كما في الصبي والمجنون من غير
اعتبار القصد واما الثانية فظاهرة ويحتمل ثبوتها للآمر لان السبب في تملك المباحات اما مجرد الاخذ بلا
شرط واما القصد خاصة واما المجموع والاولان باطلان فتعين الثالث اما الحصر فاجماعي واما بطلان
الاول فلانه لولاه لملك النائب اللازم مع قصد الموكل مع الجهل بها واما الثاني فظاهر البطلان والثالث يستلزم
المطلوب قال دام ظله اما الصبي والمجنون فللولي نزعها من يدهما وتمليكهما اياها بعد مدة التعريف
ويتولاه الولي ولو اخذهما ولو تلفت في يده فالاقرب ذلك لانه ليس اهلا للامانة ولم يسلطه المالك عليه بخلاف الوداع

اقول

لان ان ح وسعى سلطه على اخذ الملك ولا عدم الضمان م

اقول ويحتمل عدم الضمان واعلم ان الاصول التي يبنى عليها مسائل هذا الباب ان كل لقطة احدها
في الابتداء هو الالتقاط وهو سبب ثبوت الاحكام ففي غير الحرم ليست الولاية في الابتداء والاكتساب
في الانتهاء وهو الاغلب والاقوى لانه غايتها والاستقلال للملتقط بتملك اختيارا لا يحوج على الما
سبق ولا وله ولاية التصرفات وهذا خاصة الاكتساب فمن ثم كان للصبي والمجنون اهلية الا
لتقاط وكان الاقرب ضمانه بعد الاحداد اذا تلف فهو الاصح عندي واشار بقوله لانه ليس اهلا للامانة
الى ان التقاطه لحكمها محض خلاف الكبير قال دام ظله ولو قصر الولي فلم ينتزعه حتى تلفت
الصبي فالاقرب تضمين الولي اقول وجه القرب ان هذا اكتساب الطفل فلا يجوز للولي جعله في يده
ويجب عليه كما لو احتطب الطفل او احتش فعليه الحفظ فله الولاية والامانة وتركها في يده اهمال
فيضمن ولانه استدامة يد الطفل تصيرها يد ضمان اذا تلف على ما ذكر انه ليس اهل الامانة لان كل
اهل الامانة مكلف الصبي ليس بمكلف ولانها معرضة لان يتلفها الصبي اهمالا الولي وهو بناء حفظ مال
الطفل الواجب عليه فيجب اخذها منه واذا اهمل الواجب ضمن ويحتمل عدمه لانه لم يدخل في يده والاصل البراءة
من الضمان قال دام ظله ولو اعتقه المولى فالاقرب للشيخ للسيد اخذها لانه من كسبه والوجه ذلك
بعد الحول اقول اذا التقط العبد لقطه وصح التقاطه كان باذن او لولي في الالتقاط او في الاكتساب
ثم اعتقه المولى قال الشيخ للمولى اخذها لانها كسب عبده حال العبودية وكل كسب عبده حال العبودية له
فله اخذه اما الاولى فلان علة صحة التقاط العبد كونه اكتسابا ولانه يجوز ان باذن السيد في الاكتساب
واما الثانية فظاهرة وقال المصنف الوجه ذلك بعد الحول اللام في الحول للعهد اي بعد الحول الذي
عرفه فيه تعريفا صحيحا لان الملتقط في هذا الوقت كسب لما تقدم ولانه بعد الحول ان لم يتوقف ملك
اللقطة على النية بل تملكها مضي الحول وعدم قصد ابقائها امانة فالملك حينئذ للسيد وان توقف
التملك على النية بعد تمكن السيد ان يملك فلا يزول بالعتق واما قبل الحول فهي امانة وولاية وليس للسيد بعد
العتق اخذها لانها امانة التقط بها العبد بعد عتقه التحقيق ان هذه المسألة مبنية على ان الالتقاط هل هو للسيد
ابتداء او لا بل هو ولاية للعبد وامانة في يده فعلى الاول للسيد اخذها مطلقا وعلى الثاني ليس
له اخذها اذا كان العتق قبل الحول قال دام ظله وان كان في الحرم وجب تعريفها حولا فان لم يوجد
المالك تخير بين الصدقة وفي الضمان قولان وبين الاحتفاظ ولا ضمان اقول قال الشيخ في النهاية

مضمونة وكل لقطة يضمن ملكها والحفظ بعينها فيها مع الامانة م

قوي والاصح الضمان م

فالملك

في باب آخر من فقه الحج والمبسوط والخلاف يضمن وبه قال ابن الجنيد وابن ادريس وقال في النهاية
في باب اللقطة لا ضمان عليه وهو قول المفيد وابن البراج وسلار وابن حمزة وجدي رحمه الله واختار المصنف
في المختلف الاول لانه التقاط لمال الغير بغير اذنه وما رواه علي بن ابي حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر الكاظم
عليه السلم قال سألته عن رجل وجد دينارا في الحرم فاخذه قال بئس ما صنع ما كان ينبغي له ان ياخذه قال
قلت له ابتليت بذلك قال يعرفه قلت قد عرفه فلم يجد باغيا فقال يرجع الى بلده فيتصدق به على اهل بيت من المسلمين
فان جاء طالبه فهو له ضامن احتج الآخرون بانه فعل ما امر به من الصدقة فلا يجب عليه عقيبه الضمان
والجواب لا منافاة بين الامر بالصدقة والضمان كلقطة غير الحرم اجماعا قال دام ظله وان كان
في غير الحرم فان كان ما دون الدرهم ملكه من غير تعريف ولو وجد مالكه فالاقرب الضمان اقول وجه
القرب انه تصرف في ملك الغير بغير اذنه فاستعقب الضمان اما الاولى فلثبوت الملك لمالكه قطعا والاصل
البقاء ولان الضياع عنه انما قال لكن عن مالكه ويجوز الشارع التملك بلا تعطل على خلقه واما الثانية
فلقول الباقر عليه السلم من وجد شيئا فهو له فليتمتع به حتى ياتيه طالبه فاذا جاء طالبه رده اليه خرج رد
العين بالاجماع فبقي القيمة وليس ذلك عن علة الدرهم لان الفاء للتعقيب من غير تراخ وانما يتعقب التملك والانتفاع الوجدان
بلا فصل في الدرهم فما دون اما ما زاد فلا يتحقق فيه ذلك لتخلل التعريف سنة والنية فهو تراخ عنه فلو كان
شرطا في الدرهم لزم مع تأخير البيان عن وقت الحاجة الاغراء بالجهل وتقديم ما يجب تأخيره واعلم ان وجوب
الضمان هو قول ابن ادريس قال الشيخ في النهاية وابو الصلاح لا يضمن واما المفيد والشيخ في الخلاف والمبسوط
وسلار فلم يحكموا بضمان ولا عدمه بل جوزوا اخذه والانتفاع به من غير تعريف اذا تقرر ذلك فنقول سبب الضمان
في اللقطة هو تملك مال الغير فعلى قول ابن ادريس والمصنف هو سبب مطلقا واما على قول الشيخ في النهاية فهو مشروط
ببلوغ الدرهم او الزيادة قال دام ظله والاقرب الاكتفاء بقول العدل وفي وجوب الاجرة حينئذ نظر اقول
هنا مسئلتان آ يجوز التعريف بالنائب اجماعا وهل يكتفي بقوله في التعريف قال الذي عرفت حكم المصنف
بان الاقرب القبول ان كان عدلا لان الاصل صيانة العدل عن الكذب ولعسر اقامة البينة عليه لا بد الاولى
له ويحتمل عدمه للاصل ب انه لو استأجر العدل في التعريف فعلى قبول قوله في التملك هل يجب الاجرة فيه نظر منشاؤه ان
التملك معلول لوجود التعريف وثبوت الاجرة معلول له والحكم بثبوت احد المعلولين يستلزم الحكم بثبوت الآخر وانه
ايجاب مال على الغير بمجرد الدعوى والاقوى عندي عدم وجوب الاجرة قال دام ظله ولو اخر الحول الاول

عرف

عرف في الثاني وله التملك بعده على اشكال اقول منشاؤه من رواية محمد بن مسلم في الصحيح عن احد
هما عليهما السلم قال سألته عن اللقطة قال لا يعرفها فان ابتليت فعرفها سنة فان جاء طالبها والا
فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك الى ان يجيء لها طالب والفاء للتعقيب بحسب ما يمكن
فشرط في التملك التعريف سنة عقيب الالتقاط بلا فصل وعدم مجيء المالك والمجموع ينتفي بانتفاء جزء من اجزائه
لان التعريف لامكان لقاء المالك وانما يمكن في وقت طلبه والظاهر انه بعد الحول يائس منها فينتفي فائدة
التعريف ومن عموم رواية الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلم في اللقطة يجدها الرجل الفقير
اهو فيها بمنزلة الغني قال نعم واللقطة يجدها الرجل وياخذها قال يعرفها سنة فان جاء لها طالب والا
فهي كسبيل ماله فلو كان الفور معتبرا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ولعدم جواز جعل الاعم من
السبب مكانه قال دام ظله ولو نوى التملك ثم عرف سنة فالاقرب جواز التملك اقول لبطلان النية
وكان وجودها كعدمها ولا [illegible] العدل لا يصلح ان يكون مانعا ويحتمل عدمه لانه اخذ مال الغير على وجه
لا يجوز له اخذه فاشبه الغاصب والاقوى عندي الاول قال دام ظله وبنية التملك يحصل الضمان وان لم
يطالب المالك على راي اقول قال الشيخ في المبسوط يلزم الملتقط الضمان وقت مطالبة صاحبها لقوله
عليه السلم من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب فان جاء صاحبها فليردها والا
فهو مال الله يؤتيه من يشاء والاقوى الضمان بالتملك لنا انه تملك مال الغير بغير اذنه فيضمن قال
دام ظله وانما يحصل بعد التعريف حولا ونية التملك على راي اقول فيه ثلاثة اقوال آ ذهب ابن ادريس
الى انه يدخل في ملكه بغير اختياره وهو ظاهر كلام الشيخ في النهاية وابن بابويه ب قال الشيخ في المبسوط
لا يدخل في ملكه الا باختياره ويكفي فيه النية فلا بد منها وان لم يتلفظ واختاره المصنف في الخلاف وهو
الصحيح عندي ج انه لا يدخل في ملكه الا باختياره بان يقول اخترت ملكها وهو قول الشيخ في الخلاف
وابن حمزة وابي الصلاح احتج الاولون بقول الصادق عليه السلم يعرفها سنة فان جاء لها
طالب والا فهي كسبيل ماله رواه الحلبي في الصحيح عقب التعريف وعدم مجيء المالك بجعلها كسبيل ماله
لان الفاء للتعقيب من غير تراخ فلا يكون معلقا على غيره والا لتراخى عنه واحتج الفرقة الثانية بقول
احدهما عليهما السلام والا فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك والفاء للتعقيب
وصيغة افعل للامر ولا اقل من ان يكون للاباحة لانه ليس للتهديد قطعا فيستدعي ان يكون المأمور به مقدورا

بعد التعريف عدم مجيء المالك لانه عقّب امره بالجعل بعدم مجيء المالك والتعريف سنة ولم
يذكر اللفظ فلو شرط لتاخر البيان عن وقت الحاجة وهو ممنوع بل هو متاخر عن وقت السؤال وهو
محذور ايضا فلا يشترط اللفظ وهو المطلوب او حجة الفرقة الثالثة بان ما قلناه مجمع على تملكه
به وغيره ليس عليه دليل قال دام ظله وهل يملكها مجانا او يتجدد وجوب العوض بمجيء المالك او بعوض
يثبت في ذمته اشكال اقول قد تقدم البحث في ذلك ومنشاؤه قول النبي عليه السلم فان جاء صاحبها والا
فهي مال الله يؤتيه من يشاء فجعلها من المباحات وقوله عليه السلم على اليد ما اخذت حتى تؤدي ويمكن الجمع بينهما
بتملكه مجانا ثم يتجدد وجوب اداء العوض بمجيء المالك كما ذكر قال دام ظله وما يوجد في المفاوز
وفي خربة قد باد اهلها فهو لواجده من غير تعريف ان لم يكن عليه اثر الاسلام والا فلقطة على اشكال
اقول قال الشيخ في النهاية وابن ادريس ما يجده في موضع خرب [illegible] بغير تعريف واطلقا لرواية محمد بن مسلم
في الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال وسالته عن الورق يوجد في دار فقال ان كانت الدار معمورة فهي لاهلها
او يعمل [illegible] الاسلام
والمجازاة للعموم واجاب عنها المصنف بحمله على بناء سكنه الاسلام او عليه اثره لانه علم سبق ملك المسلمين
له وهو الاقوى عندي قال دام ظله ولو كان لها مالك فهو له ولو اشتراه عرفه البائع فان عرفه
فهو احق به والا فهو لواجده وهل يجب تتبع من سبق من الملاك اشكال اقول الغرض ان ذلك الشيء الموجود
في السمكة مباح في الاصل والدقيقة هي افتقار تملك المباحات الى النية لانه لو كان المباح يملك بمجرد دخوله في
يد من له اهلية تملكه وكان الصياد كذلك لتملكه الصياد ذلك ولكنا الى ابطال الرواية فالمقدم
مثله قال دام ظله ولو فقدت من التركة في مدة الحول او بعده من غير نية التملك احتمل الرجوع في
مال الميت وعدمه اقول منشاؤه من قوله عليه السلم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وانها امانة والاصح
عدم الرجوع قال دام ظله فان رد العين وجب على المالك القبول وكذا لو عاب بعد التملك مع الارش
على اشكال اقول منشاؤه من وجوب القيمة ووجود العيب من مناسبتها مع الارش التكميلية وسدها
مع مساواتها اكثر من القيمة فوجب غرمها والاصح الاول لان التملك المضمون بغير عقد في غير المثلي
بالقيمة فوجبت لتملك بها القيمة لانها من ذوات القيم لانه التقدير واذا كان كذلك والاصل بقاء وجوب
القيمة وزواله يحتاج الى دليل وليس ويمنع اعتبار المناسبة انما المعتبر المثل او ما يقوم مقامها
مع اختلاف الابنين علم يحصل قال دام ظله والزيادة المنفصلة والمتصلة في الحول للمالك وفي

سعه

وفي تبعيته اللقطة نظر اقربه ذلك وبعده للملتقط ان تجددت بعد نية التملك والا فكالاول اقول
منشاؤه من جهة انه المالك لكونه سبب ملكه لا الالتقاط لان سببه الاصل الذي هو سبب النماء وسبب
السبب سبب ومن انه لم يوجد بعد مضيا عدو علة العلة مجازا واللفظ يحمل على الحقيقة والاصح عندي
انها لقطة المقصد الرابع في الجعالة مقدمتان آ الجعالة لغة ما يجعل على ما يفعل وشرعا
الصيغة الدالة على الاذن في عمل بعوض ملتزمة به ب لما احتيج الى هذا العقد لرد الضوال
والاباق ذكره عقيب اللقطة وغايته صحة التزام الاعواض على الاعمال المجهولة لان الحاجة ماسة اليها
قال دام ظله وكذا الراد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع والا فاشكال اقول اذا جعل
على رده جعالة بلفظ عام لكن رد عبدي فرده من لم يسمع الجعل لا على قصد التبرع بل على قصد اخذ عوض
استشكله المصنف ومنشأ الاشكال من عدم القصد للتبرع وبقي الجعل من المالك وعموم اللفظة
ولان الاعتبار انما هو بصيغة الجاعل وهي قوله من سبق فله كذا لانه قد فعل ما جعل عليه ومن انه يثبت
حكمه في الجاهل لاستحالة خطاب الغافل قالوا لو لم يقصده جوابا للايجاب ولم يستحق وغيره تبرع قلنا
ممنوع ان يلزمه لا يستحقا قصده ولا يجاب من الموجب الفعل من القابل والاصح عندي الاول قال
دام ظله ولو قيل بجواز الحاقها لما اذا لم يمنع من التسليم كان حسنا كقوله من رد عبدي فله نصفه
ومن رد فرسي فله ثلثه اقول شرط الاصحاب في الجعل العلم لنهيه عليه السلم عن الغرر ووجه الحسن ان الجهل
منع منه لمنعه التسليم او ادائه الى المنازعة وكلاهما منتف هنا ولان العمل هو احد العوضين جاز
جهالته فليجز في الاجر وانما لم يجزم به لان بالعوض تحصل الرضا لجواز توهمه كثيرا فرضي به وكان في نفس
الامر قليلا والاصح عندي الصحة قال دام ظله فلو جاء به الى باب منزله فهرب ومات لم يستحق شيئا
ويحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبة اقول لانه فعل بعض المامور به ووجه العدم عدم الفائدة
لان الاستحقاق والجعل موقوف على تمام العمل وهو انما يتحقق برده الى الجاعل وتسليمه اليه لانه هو فائدته بخلاف
الاجارة والاستحقاق في الموت خاصة اقوى عندي قال دام ظله وان نقصت قيمة العبد او البعير فاشكال
اقول منشاؤه من عموم النص ومن عدم الفائدة والاختلاف الظاهر والاولى اقل الامرين من اجرة المثل
وما نص الشارع عليه قال دام ظله ولو استدعى الرد ولم يبذل اجرة فالراد متبرع على اشكال اقربه
ذلك فان استدعى مجانا اقول منشاؤه من انه فعل ما امر به ومن ان الامر لا يستلزم ضمان الاجرة ووجه

الاقرب انه ظاهر لانه اذا استدعى مجاناً فهو متبرع كالحاضر والا كان على الامر لعدم تبرعه قال دام ظله ولو رد
من بعد لم يستحق اذ بذل المسمى ان دخل الاقل دون ضده الحق على الاقوى اقول وجه القوة انه متبرع
بالنسبة الى هذه ومن الامر بالرد فيكون له اجرة المثل والاقوى الاول قال دام ظله ولو لم يجده في
المعين فاشكال اقول ينشا من عدم الفعل المجعول عليه ومن انه فعل غير متبرع به محترم والاقوى انه
لا شيء له قال دام ظله ولو اختلفا في قدر الجعل او جنسه تحالفا وثبت اقل الامرين من الاجرة والمدعى
لانه اذا نقص المدعى عن الاجرة فهو معترف بعدم استحقاق الزائد وان زاد فقد بطلت الزيادة بيمين الجاعل و
الاكثر الامرين مما ادعاه الجاعل والاجرة لاعترافه باستحقاق الزائد ان زاد ففي هذه الصورة لا يحتاج
الى يمين المجعول له وان نقص فقد بطل بيمين المجعول له والاحتمال الثاني قول الشيخ في المبسوط والخلاف
وتبعه ابن البراج لان القول قول المالك في الاصل فكذا في قدره لانه تابع له والاقوى عندي ثبوت اقل الامرين مما
ادعاه العامل والاجرة واكثر الامرين مما ادعاه المالك والاجرة

كتاب الغصب وتوابعه وفيه مقاصد

المقصد الاول في الغصب مقدمة للايجاب في الغصب عبارة عن الاستقلال
باثبات اليد على مال الغير عدوانا اقول اخرج مال الغير على جهة التعدي ب الاستيلاء على مال الغير بغير حق
وهذا اعم من الاول لدخول اخذ المودع ثوبه مثلا في غيبته لظنه ثوبه في الثالثة وخروجه من الاول وبذلك
المقبوض بالبيع الفاسد والسوم في كونه مضمونا على متملكه فلهذه المناسبة ذكرهما هنا قال دام ظله
او قبض بالبيع الفاسد او السوم على اشكال اقول الاشكال في المقبوض بالسوم ومنشاؤه اختلاف
الاصحاب والمشهور انه مضمون وهو اختيار ابن ادريس في باب الغصب وقال في موضع اخر من كتابه لا يكون مضمونا
وهو اختيار المصنف في المختلف احتج الاولون بقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدي والاخرون
بالاصل والاقوى عندي الاخير قال دام ظله ولو غصب شاة فمات ولدها جوعا او حبس المالك من حراسة
ماشيته فاتفق تلفها او غصب دابة فتبعها الولد ففي الضمان نظر اقول ينشا في الاول من انه مات بسببه
لصحة اسناده اليه عرفا ولان السبب هو فعل ما يحصل الهلاك عنده لعلة سواه وهذا تفسير بعض الفقهاء
وزاد اخرون ولولاه لما اثرت العلة وهذا التفسير اولى فعلى هذا ليس هو بسبب لانه يمكن اسناده لغيره فهو

اعم فليس سبباً ولانه لا يد له عليه ولا مباشرة فلا ضمان وهذا هو منشأ النظر في الباقيين وايضاً
ينشأ في الثاني من انه تصرف في المالك لا في المال ومن حيث انه سبب عرفاً واما في الثالث فمن حيث انه سبب
لحدوث مثل هذا لقوة الوجد وميل الولد الى امه طبعاً فهو سبب ومن الشك في كونه سبباً شرعياً في الضمان
والاصل البراءة ولانه لا يدخل تحت اليد بذلك وهو ظاهر فانه يصدق كلما صار تحت اليد صار مسروقا
لو وقع من الحرز خفية ويلزمه كلما لم يصر مسروقا لو وقع من الحرز خفية لا يصير تحت اليد والولد
لا يصير مسروقا بذلك لو وقع من الحرز خفية تحت اليد قال دام ظله ولو تلف الصغير في يد الغاصب
بسبب كلدغ الحية ووقوع الحائط ضمن على راي اقول هذا اختيار الشيخ في كتاب الجراح من المبسوط لانه
قريب من سبب الاتلاف وفي الخلاف لا ضمان عليه لاصالة البراءة ولعدم دخول الحر تحت اليد والاقوى عندي
عدم الضمان لانتفاء اليد والمباشرة لانها فعل ما يضاف الاتلاف اليه حقيقة قال دام ظله ولو استاجر حراً
لعمل فاعتقله ولم يستعمله ففي استقرار الاجرة نظر اقول ينشأ من ان الاجرة ملكها الموجر بنفس
العقد وقد مضى زمان يمكن العمل فيه وبذل المؤجر فاستقرت الاجرة ومن ان الحر لا يدخل تحت اليد ومنافعه
تضمن بالتفويت لا بالفوات والتحقيق ان هذا هل هو تمليك المنافع فاذا اهمل استعمالها حتى تلفت لم يضمن
احداً وهو كالدين في ذمة الحر فلا يسقط الا بالاستيفاء او الابراء والاشبه الثاني لان الحر يستحق عليه
في ذمته ولا يملك عينه ولا منافعه لانها معدومة فيتبع الاصل في الملك واليد وهما منفيان في الحر ويرد
استحقاق المستاجر الاول اجرة المثل على من استعمله الاجير الخاص ثانياً قال دام ظله ولو غصب خمراً من مسلم
او متظاهر لم يضمن وان كان كافراً ويضمن من الكافر المستتر بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل وان اتلفه الكافر
على اشكال اقول ينشأ من صحة بيعه وشرائه عندهم واقرارهم عليه ولان كل مضمون مثلي انما يضمن
بمثله الا لمانع وهو هنا اسلام احدهما فمع عدمه يجب المثل وهو احد قولي ابن البراج ومن ان دين الاسلام لا يوجب
خمراً وهو الحق قال دام ظله ولو نقل صبياً حراً الى مسبعة فافترسه سبع ففي الضمان اشكال اقول ينشأ
من انه سبب ومن ان الحر لا يدخل تحت اليد وهو اختيار الشيخ في المبسوط والاقوى عندي الاول لانه فعل موقع
التلف عنده فيكون سبباً للضمان ونمنع عدم ضمان السبب مع انفراده كالمباشرة قال دام ظله
ولو زوج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاد وبرئ الغاصب في الاولى اشكال وكذا
لو وهبه منه اقول اما نفوذ الاستيلاد فلوجود المقتضي له وهو علوق المملوكة بولد منها للمالك

العلوق فلو شرط فيه العلم لكان جعل شرطا لما ليس له شرط وهو من الاغلاط واحال في دين ما ليس
منه واما الاشكال في الارش فحسنا من غروره فكان كما لو قدم طعام الغير اليه وامره بالاكل ومن ان المباشر
للاتلاف واعتقاده هنا على ما توهمه مستلزما للاباحة لانه لم يتبين عليه بخلاف الامر بالاكل فهو كسر الحاصل
بالغصبية للمغصوب فضمانه لزيادة القيمة كضمانه هنا الارش دام ظله ولو قال هو عبدي فاعتقه فاعتقه
فالاقوى النفوذ وفي العزم اشكال ينشأ من الغرور من زوال الملك بارادته والصرف الى مصلحته اقول
المقصود فاعتقه عنك ووجه القوة انه فعل صدر من اهله في محله ومن حيث انه لم يقصد عتق عبده ولا
قصد ايقاع الصيغة الموجبة للتمليك لصبي وللعتق بعده ولم يقع والايقاعات والعقود تابعة للقصود
والاقوى عندي الصحة لان العتق مبني على التغليب ولان العبد في حال العتق ملك للمعتوق عن نفسه على كل تقدير
وهو هنا حاصل فان الحاصل هنا اقوى من التمني والاقرب عندي عدم العزم هنا لثبوت الولاية للمعتق قال
دام ظله ولو قال اعتقه عني ففعل ففي الوقوع عن الغاصب اشكال اقول ينشأ من انه صدر من المالك ومن قصد
العتق عن الغاصب لا عن نفسه ولان عتق عبده عن غيره يستدعي نقله اليه باختياره فلا بد من قصد اليه
فاذا لم يعلم انه لم يحصل القصد فلم يتقبل عنه فلم يصح العتق وهو الاقوى عندي قال دام ظله ولو امر المالك
بذبح الشاة فذبحها جاهلا بها ضمن الغاصب ولو امره بالاكل فباع او بالعكس او عمم الاسقاع فالاقرب زوال
الضمان الا في الاخير على اشكال اقول وجه القرب في الاولين انه لو كان مملوكا لغيره لضمنه له بمخالفته
وكل ما ضمنه لغيره زال الضمان بفعله اذا كان له ولان المالك تصرف في ملكه بحسب اختياره بخلاف الامر بعد ان صار
في يده وعكس منه ويحتمل الضمان للغرور ولانه امره بالاتلاف في منفعته وخصوصيته طريق الاتلاف
غير مقصودة بالذات وهذا ضعيف والاصح الاول ومنشأ الاشكال في الاخير الغرور ومن انه سلم ماله اليه ومكنه
منه تمكينا تاما والاولى الضمان لضعف المباشرة بالغرور قال دام ظله وما لا تقدير فيه من الحر يجب
من الرقيق ما ينقص عن قيمته حصل بالجناية او تحت اليد العادية من اجنبي او من قبله تعالى والمقدر الاقرب الاكثر
من المقدر والارش اقول وجه القرب ان الغاصب ماخوذ باشق الاحوال ولانه لو زاد الارش على المقدر فلما
نقص حصل في يد الغاصب نقص جزء وصفة وكل نقص كذلك فهو مضمون عليه ولانه لما كان ملحقا في ضمان
اليد بالاموال دون الاحرار وجب ان يكون مضمونا بقدر النقص كالاموال لانه انما ضمن باعتبار اتلاف
المنفعة المملوكة وضمنها بقيمتها ويفارق الجاني لانه في الجناية ملحق بالاحرار فكما لم يكن مضمونا بالجناية

قال

على الحر لم يكن مضمونا بالجناية على العبد ولو زاد المقدر دخل تحت عموم النقص ولانه كلما يضمن بالجناية
يضمنه الغاصب باليد وهذا الزائد يضمنه الجاني بالجناية فيضمنه الغاصب باليد ويحتمل المقدر خاصة
لعموم التقدير ولان الجناية اقوى من اثبات يد الغاصب والاقوى ضمان اكثر الامرين من المقدر والارش
وهو تفاوت ما بين اقل قيمة معيبا واكثر قيمة صحيحا قال دام ظله ولو تجاوزت قيمته دية الحر
فالاقوى تضمين الغاصب الزائد دون الجاني اقول تقرير ما تقدم في التي قبله قال دام ظله ولو جنى
عليه بما فيه القيمة فالاقوى وجوب دفعه مع القيمة سواء باشر الغاصب والاجنبي بخلاف الجاني على غير المغصوب
اقول وجه القوة ان ضمان الغاصب من حيث المالية وهذا عوض الجناية بخلاف الجاني على غيره فانه في المقدر
ضامن باعتبار الجناية لا المالية المحضة ويحتمل عدمه لانه مع تلف الكل لا يضمن ازيد من ذلك فلا يحتمل
وجوبه في البعض مجانا والاقوى الاول قال دام ظله فان رجع على الاجنبي دفع اليه العبد ورجع بقيمته
على الغاصب وان رجع على الغاصب بهما فالاقوى رجوع الغاصب على الجاني بالقيمة مجانا اقول وجه القوة
قوله عليه السلام لا يطل دم امرئ مسلم فلا يعقل خلاص الجاني عن الضمان ويكون هذا من لوازم التالف ويحتمل وجوب دفع الغاصب
الى الجاني القيمة بعد الجناية وتضمينه القيمة الاولى لاشتراط ضمانه بدفع العين التي جنى عليها لانه شرط
مع التمكن من دفعها ولم يمكن وقد ضمن الغاصب بما شرطه واتلافه فعلى الاول يضمن الغاصب قيمتين
قيمة للمالك وقيمة للجاني بعد الجناية وله على الجاني قيمة قبل الجناية ويسقط ضمان ان امكن وهو الاقوى
قال دام ظله وغير المثلي يضمن بالقيمة يوم الغصب على راي وارفع القيم من حين الغصب الى حين التلف
على راي اقول الاول قول الشيخ في المبسوط والثاني قوله في المبسوط ايضا والخلاف واختاره ابن حمزة
وابن ادريس وقال ابن البراج والمصنف في المختلف يضمن القيمة يوم التلف والحق على القيم لان نقصان الصفة
المضمون بسبب نقص القيمة فيكون اولى بالضمان ولانه مال تلف على المالك في يد الغاصب لانه ماخوذ باسوء الاحوال
ووجه يوم التلف ان المغصوب لم ينقص من عينه ولا صفاته الحادثة شيء ولا يضمن تفاوت الرغبات لانه خارج
عن المغصوب والاصح الاكثر قال دام ظله ولو اصطاد العبد المغصوب فهو للمالك وفي دخول الاجرة
تحته نظر اقربه العدم اقول لان كسب العبد يدخل في ملك مولاه واثبات اليد عليه موجب للاجرة ويحتمل الدخول
لان المنفعة في الحقيقة حينئذ للسيد فيكون بمنزلة الذي لها اليد فلا يضمنها والا لجمع بين العوض
والمعوض وهو باطل والاقوى عندي ما هو الاقرب عند المصنف قال دام ظله ولو نقصت

ولم يحصل فليس ...

قيمة العبد بسقوط عضو مثلا فانه حاوية ضمن الارش والاجرة لها قبل القبض سليما ولما بعده معيبا
وان كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فالاقرب مساواته للاول فيثبت الاجرة والارش ويحتمل وجوب الاكثر من
الارش والاجرة اقول وجه القرب تغاير الموجبين وهو استهلاك الاجزاء والمنفعة ووجه الثاني ان
تلف الاجزاء عوضه داخل في الاجرة الا ترى ان المستاجر لا يضمن ارش البلى بالاستعمال لانه في مقابلة ما قد تضمنه
من الاجرة والاقوى وجوب الاجرة والارش معا قال دام ظله ولو غرم قيمة العبد الابق ضمن الاجرة لمدة الاباقة
على الغرم وفي اللاحقة اشكال اقول ينشا من انه قد برئ من العبد فيبرئ من توابعه ومن ان القيمة للحيلولة
في العين وهي باقية في المنافع المضمونة والاقرب عدم ضمان الاجرة اللاحقة قال دام ظله لو تلف المثلي
وهو المثل والقيمة العليا في غيره على راي اقول قوله على راي اشارة الى الخلاف في القيمة العليا
في غير المثلي لانه قد سبق بيان ان المثلي يضمن بالمثل مع وجوده لا غير وهذا اختيار اكثر الاصحاب لان مثل الشيء اخص
به من القيمة لان مثله في المالية والحقيقة والقيمة مثل له في المالية خاصة فالاول اولى لان خصوصية الا
موال قد يكون مقصودة ولما تعذر اخذ ذوات القيم واستحال التكليف بالمحال لم يجب تداركها الا هنا
وقال ابن الجنيد يتخير المغصوب منه في القيمة والمثل لان الضمان انما هو باعتبار المالية فيحصل استدراكها بالقيمة
من غير حيف والاقرب المثل الا الاخلاق في هذه التعسير وهو اختصاص المثلي بالمثل مع وجوده فلم يوجد حتى فقد ففي
القيمة المعتبرة احتمالات آ اقصى قيمة من حين الغصب الى حين التلف لاعتبار زيادة قيمة الامثال ب اقصى
قيمة من وقت تلف المغصوب الى الاعواز ج اقصى القيم من وقت الغصب الى الاعواز د اقصى القيم من وقت الغصب
الى وقت دفع القيمة ه القيمة يوم الاقباض اقول ماخذ الوجه الاول والثاني انا نعتبر من الواجب قيمة
المغصوب لان الذي تلف على المالك قيمة المثل لانه الواجب عند التلف وانما رجعنا الى القيمة لتعذره قال
المصنف كل منهما محتمل فان قلنا بالاول اعتبرنا الاقصى من وقت الغصب الى وقت تلف المغصوب وان قلنا بالثاني
اعتبرنا من وقت تلف المغصوب لان المثل حينئذ يجب الى وقت الانقطاع وكذا القيمة لو وجبت على الغاصب
اعلى القيم من حين وجوب المتقوم وضمانه ووجه الثالث ان القيمة المعتبرة اقصى القيم من يوم الغصب الى الاعواز
لان وجود المثل كبقاء عين المغصوب من حيث انه كان مامورا بتسليم المثل كما كان مامورا برد العين
فاذا لم يفعل غرم اقصى قيمته في المدتين كما ان المتقوم ما تضمن ما مضى قيمتها لهذا المعنى ولا نظر الا ما
بعد انقطاع المثل كما لا نظر الى ما بعد تلف المغصوب المتقوم ووجه الرابع ان المثل لا يسقط بالاعواز

قال وغيره بالقيمة ... ولو تلف المثلي في يد الغاصب والمثل موجود ثم

الاترى

الا ترى ان المغصوب منه لو صبر الى وجدان المثل ملك المطالبة به ولا فرق بين المثلي والقيمة الواجبة
على الغاصب على قيم الواجب الى الدفع ووجه الخامس انه وقت وجوب القيمة والاصح الرابع قال دام
ظله ولو تلف مثليا فظفر به في غير المكان فالوجه الزامه بالمثل فيه اقول وجه القرب وجوب رد
المظلمة ان طلبه وفي كل مكان وهو مخاطب بذلك والا لجاز تاخير الزام الغاصب بالحق بغير رضا
المالك وهو محال اجماعا وبهذا القول افتى ابن ادريس وقال الشيخ رحمه الله في المبسوط ان كان في نقله
مؤنة فان اتفقت القيمتان في البلدين كان له المطالبة بالمثل لانه لا ضرر عليه وان اختلفا فالحكم
فيما له مثل وفيما لا مثل له واحد فللمغصوب ان ياخذ من الغاصب قيمته ببلد الغصب او يدع
حتى يستوفي ذلك في بلد الغصب لما في نقله من المؤنة والضرر قال عليه السلم لا ضرر ولا اضرار وقال رحمه الله
وكذا القرض واما السلم فليس له ان يطالبه ببلد غير بلد السلم لان عليه توفية المال في مكان العقد ولا
له مطالبته بالبدل سواء كان لنقله مؤنة او لا وان اتفقا عليه لم يجز لان اخذ البدل عن السلم في الذمة
لا يجوز لعوده على السلم من اسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره وتبعه ابن البراج والاصح عندي اختيار والدي
والجواب عن حجة الشيخ باستلزامه الضرر لانه معارض بضرر المالك وكلما تعارض الضرران فالترجيح
لنفي ضرر المالك لان الغاصب ماخوذ باشق الاحوال والضرر المنفي انما هو من شرع الحكم وهنا الغاصب
ادخل الضرر على نفسه قال دام ظله ولو خرج المثل باختلاف الزمان والمكان عن التقويم بان اتلف
عليه ماء في مفازة ثم اجتمعا على نهر او اتلف جمدا في الصيف ثم اجتمعا في الشتاء احتمل المثل وفيه
المثل مثل تلك المفازة او الصيف اقول وجه الاول اطلاق النص بوجوب المثل واختلاف
الزمان والمكان لا اختلاف في امور خارجية عن الماهية وصفاتها ووجه الثاني انه خرج عن كونه
مثلا لانه لا قيمة له والمالية وما زيد عليه وينقص معتبرة هنا والتحقيق ان المماثلة هل هي باعتبار
المالية الثاني وهو الاصح لان الاعتبار في المعاملات والضمانات بالقيمة لعدم ملك وضمان ما لا
قيمة له ولا يصح المعاملة عليه فيكون معتبرة في المماثلة من جهة المالية قال دام ظله ولو تلف انية
الذهب ففي ضمان الزائد بالصنعة اشكال ينشا من مساواة الغاصب غيره وعدمها فان اوجبناه ففي التضمين
بالمثل اشكال ينشا من تطرق الربا وعدمه لاختصاصه بالبيع اقول هنا مسئلتان آ ضمان الزيادة
بالصنعة وهو مبني على تحليل اتخاذها وتحريمه فعلى الاول يضمنه المتلف مطلقا وعلى الثاني لا يضمنه غير

[illegible]

الغاصب اما الغاصب ففيه اشكال ينشأ مما ذكره المصنف ومعنى المساواة هنا ان الغصب
لا يصير ما لا قيمة له شرعا له قيمة وما هو محرم غير محرم وعدم المساواة انه يضمن بالغصب ما لا قيمة شرعية
في نفسه ويقصد في مال مملوك وان حرم لانه ماخوذ باشق الاحوال وينشأ ايضا من انه محرم يجوز اتلافه و
من ان هذا الاستيلاء مضمون وجميع ما ينتقص فيه مضمون والاول اولى ب يتفرع على القول بالضمان
انه هل يقوم بالجنس اشكال ينشأ مما ذكره المصنف قال دام ظله ولو تعذر المثل الا باكثر
من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر اقول ينشأ من انه لا يتم الواجب المطلق الا به ومن انه ضمان
باكثر من القيمة اذ لا فرق بين اخذ المالك لها والبايع وهو ضرر وحرج ولانه لو خاف اللص على الزائد
لم يحصل المثل فكيف يجب وفرق باقتران العوض والثواب والاقوى وجوب الشراء بالاكثر
قال دام ظله ولو ابق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة فان عاد ترادا وللغاصب حبس العبد
الى ان يرد القيمة عليه على اشكال اقول ينشأ من عدم الجمع بين العوض والمعوض فيترادان معا
ومن وجوب رد العين على الغاصب مع التمكن على الفور وهو الاولى قال دام ظله فان تلف العبد
محبوسا فالاقرب ضمان قيمته الان واسترجاع الاولى اقول هذا ان قلنا ان له الحبس ووجه
القرب ان حكم الغصب زال برد المالك القيمة الاولى واخذ العين وهي قدر الثانية ويحتمل عدمه لانه انما يستحق رد
الاولى بدفع العين ولم يحصل ولان الحصول في يد الغاصب لا يؤثر في زوال ملكية المالك للقيمة التي في يده
لان يد الغاصب موجبة للضمان فيبقى ملك المالك على القيمة الاولى ان كانت اكثر وهو الاقوى عندي
قال دام ظله ولو سار معا في عيبه اثر في القيمة ففي تقديم احد الاصلين نظر اقول منشأه
تعارض الاصلين اعني اصل الصحة واصل براءة الذمة من الزايد على قيمة المعيب والاقوى تقديم الاول
قال دام ظله والذهب والفضة يضمنان بالمثل لا بنقد البلد على راي قال هذا قول ابن ادريس لانهما
مثليان لان المثلي ما تماثل اجزاؤه المتقاربة كله في المذهب وقال الشيخ في المبسوط يضمن بنقد البلد ثم فرع
وقال ان كان نقد البلد من جنس المغصوب واختلف الوزن والقيمة قوم بغير الجنس ليسلم من الربا و
ياخذ منه كمال حقه واجاب ابن ادريس بمنع الربا هنا والاصح عندي اختيار ابن ادريس قال
دام ظله ولو كانت القيمة عشرة فبلاه حتى ساوى خمسة ثم ارتفعت السوق فبلغت مع الابلاء عشرة
احتمل رده مع العشرة لان التالف نصفه فلو بقي كله لساوى عشرين ورده مع الخمسة الناقصة بالا

زال برد القيمة وعدم البد
عنه اولى لاستحقاقها
ووجوب تم

سيفاد

١٢٩

الاستعمال ولا عبرة بالزيادة بعد التلف كما لو تلف كله ثم زادت القيمة وهذا اقوى اقول وجه
القوة ما ذكره المصنف وهو الحق عندي قال دام ظله ولو كان العيب غير مستقر كما لو بل الحنطة
حتى تعفنت واتخذ من التمر والسمن حلواء فان مصيره الى الهلاك لمن لا يريده فالاقوى رد العين
مع الارش وكلما نقص شيئا ضمنه على اشكال ينشأ من حصول البراءة بدفع العين والارش اقول وجه
انه عين مغصوبة فيجب ردها والارش لنقصها ووجود السبب لوجود المسبب فكلما نقص شيئا ضمنه ولا يسلم
حصول البراءة والاصح عندي الضمان لكل ما يتجدد قال دام ظله اما لو غصب احدهما وحده
او اتلف احدهما فانه يضمن قيمة التالف مجتمعا الى آخره اقول وجه هذا انه انما جنى على هذا او غصبه
خاصة والاخر سبب فيه لزيادة النقص عليه والتزيت هنا بعطي العلة قال دام ظله ولا يملك الغاصب
العين المضمونة فان عادت فلكل منهما الرجوع وهل يجبر المالك على اعادة البدل لو طالبه الغاصب اشكال
اقول ينشأ من انه قد استقر ملكه عليه ولانه ساقي المدلسة اذ ما لا يستقر عليه الملك لا يصلح ان يكون بدلا
فهو باق شرعا لما يستقر عليه الملك ولانه قد لا يرغب الغاصب لو ان عبده ومن انه للحيلولة وقد زالت والاول اولى
لان الغاصب يؤخذ باشق الاحوال قال دام ظله وكذا المتصلة المنفصلة على اشكال اذا تجدد بعد
دفع البدل اقول ينشأ من انه لم يدخل تحت يده التي هي سبب الضمان ومن انه من العين فالاولى من النماء اوص
انه سبب تخلقه على المالك لانه لو كان في يد الغاصب لضمنه وكلما يضمنه الغاصب بالبد يضمنه اذا خرج المغصوب
من يده لا الى المالك او من يقوم مقامه قال دام ظله ولو جنى على الطرف فاقتص ضمن الغاصب الارش
وهو ما نقص من العبد بذلك دون ارش اليد لانها ذهبت بسبب غير مضمون ويحتمل ارش اليد او اكثر الامرين اقول
ذكر المصنف وجه الاول وهو ان الطرف تلف بسبب غير مضمون فلا يضمن اما الاولى فلانه يحق وجب
شرعا وهو القصاص واما الثانية فظاهرة لكن الغاصب يضمن نقص الجناية باليد وهو ما زاد
على مقدار الطرف ووجه الثاني ان يد الغاصب في الضمان كالجناية بلا شك ووجه الثالث انه يضمنه
بهما كضمان الاموال كما تقدم وهذا هو الاصح والجواب عن الاول بالمنع من كونه غير مضمون عليه لانه
تلف ملكه في يد الغاصب بحق سبق عليه قال دام ظله ولو غصبه مرتدا او سارقا فقتل او قطع
في يده ففي الضمان على الغاصب نظر وان منشأه ضمن النقص الزائد على المقدر لو حصل اقول ينشأ من
وجود السبب في يد السيد فكان مستحقا فكان كوجود المسبب من حيث ان التلف حصل في يد الغاصب فضمنه

يضمن من الغاصب ... البد والاكمال لو اقوى
عند ... كان اولى الناقص ... لاله تم

والتحقيق ان الردة لو كانت عن فطرة لم يضمنه الغاصب لانه في حكم الميت وان كان عن غير فطرة لم يخرج عن ملكه
قبل القتل كما لا تخرج املاك المرتد عنه قبله بسببه الردة وهو من باب الاعتقاد وقد اختلف المتكلمون في بقائه
فمن منع منه يكون قد تجدد القتل وسببه في يده فيضمنه لان الاعتقاد الحاصل في يد السيد عدم ولم يقتل
به وهذا الان موجود وهو صالح للعلية ومن قال ببقائه والاشكال كما تقدم ولانه لا يضمن بالجناية فلا يضمن
باليد ولا يضمن اذا لم يهلك المالك الا بالقتل فالاشكال والاولى ان لا يضمن اذ لا تلف بيده قال المصنف فعلى المنع يضمن
الزائد على المقدر من القيمة لو حصل ويضمن المنافع مدة ما هي في يده لانه استعمل المالك عليها في علمه تعالى
ويرد عليها عاجزا والحق عندي ضمان الزائد والمنافع قال دام ظله وكذا الاشكال لو انعكس اقول ان قلنا
ثمة بعدم ضمانه قلنا هنا بضمانه وان قلنا ثمه بضمانه قلنا هنا بعدم ضمان القيمة لكن يضمن الارش بين كونه
مستحقا وغيره قال دام ظله وكذا الاشكال لو اشتريه مرتدا او سارقا فقتل او قطع في يد المشتري
ففي كونه من ضمان البايع نظر اقول تقريره ما مر قال دام ظله ولو جنى على سيده فالضمان على الغاصب
كالاجنبي على اشكال اقول اما في العمد فيضمن الارش بين كونه مستحقا وغير مستحق فلو قطعه
في يد الغاصب فمنشأ الاشكال عن مباشرة المالك الاتلاف ومن ان الغاصب ضامن لما نقص بالجناية لا
مستحقا قصاصا فلا فرق بين المالك وغيره بالنسبة الى المستوفي وفي الخطا ينشأ من ان الغاصب ضامن
ومن انه متحمل لما تعلق برقبة العبد بسبب الجناية لانه غصبه ورقبته بريئة فيجب ان يرده كذلك فيضمن
ما تعلق برقبته ولا يثبت للمولى حق في رقبة العبد بسبب الجناية والاقوى ضمان الغاصب الاقل من تمام
القيمة في النفس وللاكثر في غيرها ولنقص القيمة في الخطا اذا حصل قال دام ظله ولو خصي العبد
فعليه كمال القيمة ورده على راي اقول هذا قول الشيخ في موضع من المبسوط وابن ادريس وهو الاصح
عندي وقال في موضع آخر من المبسوط احد القيمة او تسليمه مجانا لئلا يجمع بين العوض والمعوض وليس
بجيد لانه عوض الفائت والغاصب يلزم باشق الاحوال قال دام ظله فان سقط ذلك العضو ما هو
فلا شيء لانه لم يجد به قيمته على اشكال اقول ينشأ من انه تلف حصل في يد الغاصب ولانه يضمن الجناية
ومن عدم حصول النقص المالي وهو ضامن لها والاولى الضمان قال دام ظله ولو مثل به لم ينعتق
على راي اقول قال في المبسوط والخلاف ابن البراج يعتق وعليه القيمة ومنشأ الخلاف ان العتق
هل هو لعدم قبول العبد الملكية حينئذ ولعدم قبول الممثل المالكية او عقوبة والاول اولى

فينعتق

فينعتق ويضمن الغاصب اكثر الامرين من القيمة ودية الجراحات قال دام ظله وان نقص الربع فان
اوجبنا الارش لزمه الربع والا النصف اقول لا وجه لايجاب الارش لنا قص هنا لان الجاني غير الغاصب
يضمن المقدر مع نقص الارش عنه فالغاصب اولى لانه ماخوذ باشق الاحوال قال دام ظله ولو غصبه
شابا فصار شيخا ضمن وكذا لو كان امرد فنبتت له اللحية على اشكال اقول ينشأ من نقص المالية
ومن انه غير خارج عن المجرى الطبيعي والعرف نقصان والقوي في الاول والاصح الضمان لانه على القيم
قال دام ظله ولو نقصت الارض بترك الزرع كارض البصرة ضمن على اشكال اقول ينشأ من ان ترك
زرعها واجب شرعا فلا يضمن بسببه والاصح عندي الضمان لانه نقص حصل في يد الغاصب وكل
نقص حصل في يد الغاصب فهو مضمون ولهذا يضمن اعلى القيم قال دام ظله ولو ذهب بعض
الزيت بالاغلاء ضمن مثل الذاهب وان لم ينقص القيمة وكذا في اغلاء العصير على راي اقول قال الشيخ
في المبسوط والخلاف لا يضمن لان الذاهب اجزاء مائية لا قيمة لها وقال المصنف يضمن لانه مال نقص في يد الغاصب
والاولى الثاني قال دام ظله ولو غصب عصيرا فصار خمرا ضمن المثل وفي وجوب دفعه اشكال فان
اوجبناه فصار خلا ففي وجوب رد المثل اشكال اقول منشأ الاول ان العين المغصوبة ملك المالك ولو في
اليد للتخليل ومن انه قد خرج عن ملكه ومنشأ الثاني انه ان قلنا بوجوب الرد حال كونه خمرا وجب هنا
والا احتمل ان زال المانع وهو الخمرية ومن انه لما صار خمرا صار تالفا وضمن مثله وملك الثاني متجدد لصاحب
اليد والتحقيق ان هذا مبني على ان الذوات هل هي متساوية واختلافها باعراض واحوال كمذهب الجبائي ومتخالفة
في الحقيقة كما هو الحق فعلى الاول يجب رده لزوال المانع كما لو وجد المغصوب بعد ان ضاع وعلى الثاني لا يجب
لانه غير المغصوب قال دام ظله ولو غصب خمرا فتخللت في يده حكم بها للغاصب ويحتمل المالك اقول وجه الاول
انها خرجت عن الملك بالكلية واستولى عليها هذا فصارت ملكه والحصول الخلية واليد له فيما
ليس ملك لاحد ووجه الثاني ثبوت الاولوية لمالكها كيد التخليل ودفعها تعدى فيد الغاصب عادية
لا اعتبار بها لانه ماخوذ باشق الاحوال والاصح الاول قال دام ظله ولو طلب الغاصب
الازالة احببنا ليهما سواء هلك الصبغ او لا على اشكال اقول لا خلاف في منع الغاصب من
الازالة لو نقص الثوب بها ولا في اجابته مع عدم هلاك الصبغ وعدم نقص الثوب اصلا والاشكال في
هلاك الصبغ وعدم نقص الثوب وينشأ من النهي عن اضاعة المال ومن انه طلب عين ماله ولا ضرر على المالك فلا

يمنع منه اما لو طلبه المالك لازالة اجيب سواء هلك السنخ اولا قال دام ظله ولو كانت في اللجة وخيف
الغرق فالاقرب الرجوع الى القيمة الى ان يخرج الى الساحل ان كان في السفينة له حرمة او مال لغير الغاصب
ولو كان له فالاقرب العين اقول وجه القرب في الاول حرمة الحيوان ومال الغير فيجمع بين المصلحتين بالقيمة
ويحتمل عدمه لانها عين مغصوبة وصغت بغير اذن مالكها فكان للمالك اخذها والاضرار لازم الغصب
الغصب شرعا وهو محال ووجه القرب في الثاني انه يلزم باشق الاحوال وذهاب حرمته لتعديه ويحتمل
عدم الامكان الوصول اليه من غير استهلاك بخلاف البناء الذي لا يقدر على اللوح الا باستهلاكه والاصح
العين لوجوب دفعها وازالة الغصب وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب قال دام ظله ولو مات
المزوج او ارتد ففي النزع اشكال من حيث المثلة اقول ومن حيث انه مال المغصوب يجب رده الى
مالكه وهو الاولى قال دام ظله فلو وطي الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر امثالها او عشر قيمتها مع البكارة
ونصفه مع الثيوبة على الخلاف ويحتمل مع البكارة الاكثر من الارش والعشر ومع العقد جاهلين الاكثر
من الارش والعشر ومهر المثل اقول قال الشيخ وابن ادريس عليه مهر امثالها وارش البكارة ان كانت
بكرا وذهب بعض اصحابنا الى وجوب العشر مع البكارة ونصفه مع الثيوبة وهو مروي ووجه الاحتمال
ان تفويت ماليته مضمون عليه وارش البكارة ارش جنايته ومهر البكر العشر عوضا للرواية ومع فساد العقد
يجب مهر المثل لانه عوض منافع البضع قال دام ظله ولو سقط ميتا فاشكال ينشأ من عدم العلم بحياته
ومن ضمان الاجنبي له لو لدا ما لو وقع بجنايته فالاقوى الضمان اقول اذا وطئ الغاصب الجارية المغصوبة جاهلين
وسقط الولد ميتا ففيه ثلاث مسائل آ ان يكون بغير جناية جان فيحتمل الضمان لانه نماء الجارية وفوت قيمته
على مالكه ولانه كلما يضمنه الاجنبي بالجناية يضمنه الغاصب باليد على المغصوب وهذا يضمنه الاجنبي
بالجناية ويحتمل عدم الضمان لان الولد قد انعقد حرا فلا يدخل تحت اليد ولا قيمة له لعدم العلم بحياته
ولا بدل له ايضا بجناية مضمونة والاقوى الضمان ب لو سقط بجناية غاصب فعلى القول بضمانه لو سقط
ميتا بغير جناية نضمنه هنا قطعا وعلى القول بعدم الضمان يحتمل هنا لانها لو صدرت من الاجنبي ضمنها
الغاصب ان لم يحصل له مال فاذا ضمن جناية الغير فضمان جنايته اولى لانه من باب التنبيه بالادنى على الاعلى
ويحتمل ضعيفا عدمه لانه انعقد حرا ولحق الغاصب بما اوجب الشارع عليه قيمته يوم سقط حيا ولم يسقط
حيا والاصل البراءة ويمكن الفرق بينه وبين الاجنبي بان الاجنبي بجنايته مالا للغاصب وهو بدل الولد فكان

عن الوطي صح

كوجوده

بدل م

كوجوده حيا فيضمنه لمالكها استحقاق المالك هنا بالغ لاستحقاق الغاصب لديه فيتعلق
بقيمته لغرضه مملوكا واما جناية الغاصب فلا يوجب للغاصب شيا لاستحالة استحقاقه على نفسه فلم يكن هنا ما يقوم
مقام المبدل والاصح عندي الضمان ولا وجه عندي لعدم الضمان فيضمن دية جنين حر منها دية جنين امه
للمالك والباقي للامام كما لو جنى الحر على زوجته الامة فاسقطت جنينا منه فانه يضمن لديه للامام عليه السلام
ج ان يكون السقوط بجناية اجنبي وقد ذكر المصنف حكمه قال دام ظله فان مات في يد الغاصب ضمنه
وان وضعته ميتا فالاشكال كما تقدم اقول قد تقدم البحث فيه قال دام ظله ولو كان الغاصب
عالما دونها لحق به الولد ووجب الحد والمهر عليه وبالعكس يجب عليها حده ولا مهر على اشكال اقول منشاه من
كونها بغيا ونهى النبي عليه السلام عن مهر البغي وهو الاصح ومن كونه حقا للمالك قال دام ظله ولو باعها الغاصب
فوطيها المشتري عالما بالغصب فكالغاصب وفي مطالبة الغاصب بهذا المهر نظر منشاه من ان منافع البضع
هل يدخل تحت الغصب اقول مراده بقوله منشاه من ان منافع البضع هل يدخل تحت الغصب اي لو غصبها
الغاصب ووطيها عالمين وهي مختارة هل يضمنها ويكون منزلة غصب منفعة اولا وقد ذكر المصنف في الاشكال
السابق من انه حق للمالك تلف للغاصب فيضمنه ولانه ماخوذ باشق الاحوال ومن النهي عن مهر البغي فان قلنا بضمانه
اذا وطيها الغاصب عالمين ضمنه الغاصب لمن يضمن هنا قال دام ظله ولا يجب الا مهر واحد بوطيات اذا
اتحدت الشبهة وفي تعدده بتعدده مع الاستكراه نظر على الوحدة والكثرة والامر المعلق على شرط
لا يلزم تعدده بتعدد الشرط والمفرق بينه وبين الشبهة ان الشبهة لولاها لا ينتفي المهر ولانها كالنكاح
وهو الاعتبار لمجرد الوطي والاقوى الاول لتعدده اذا كان المعلق عليه علة وهو هنا كذلك فان الاكراه
الثاني غير الاول قطعا وكذلك الوطي الثاني غير الاول او الوطي هو العلة او هو والاكراه قال دام ظله
وكذا المتزوج من الغاصب لا يرجع بالمهر وفي رجوع المشتري بقيمة منفعة استوفاها خلاف اقول
يعني ما يحصل للمشتري في مقابلته نفع كسكنى الدار وثمرة الشجرة والصوف واللبن فيه قولان احدهما
ان الضمان يستقر على الغاصب خاصة لانه سبب المباشر وضعفت بالغرور الثاني على المباشر فان رجع على الغاصب
رجع الغاصب على المشتري وان رجع على المشتري لاستقرار التلف في يده لم يرجع على الغاصب والاقوى الاول وكلا
القولين للشيخ في المبسوط وقد مضى البحث في ذلك قال دام ظله ولو بنى فقطع بناؤه فالاقرب الرجوع بارش
النقص اقول وجه القرب ان البايع سبب والمشتري ذو يد كالمباشر والسبب هنا اقوى من المباشر وكلما

منشاه ان ما يقع فيه عوض من بدل كالمنفعة ومعه وان قلنا لا يضمنه الغاصب م

اقول ربما يتعدد السبب في الوطي المطلق وهو السبب صادق م

كان السبب اقوى من المباشر فالضمان على السبب اما الاولى فلانه انما شرع في العقد والتصرفات
لظن السلامة وسبب هذا الظن تغرير البايع اياه فصار هذا السبب اقوى واما الثانية فاجماعية ولانه لو قدم
اليه طعاما فاكله مع جهله ضمنه للتغرير بالاباحة فهنا اولى لانه هنا تمليك والتمليك اقوى من الاباحة ويحتمل
عدمه لانه بالبناء متلف ماله فلا يرجع كما لا يرجع بما انفق على العمارة قال دام ظله ولو تعيب في يده
احتمل الرجوع لان العقد لا يوجب ضمان الاجزاء بخلاف الجملة وعدمه اقول اذا اشترى من الغاصب
جاهلا بالغصب فقبض المشتري العين فتعيبت في يده لا بسببه وغرمه المالك الارش هل يرجع المشتري
على الغاصب البايع بالارش ذكر المصنف فيه احتمالين ا الرجوع وقد بنى المصنف المسألة على انه اذا تلف
الكل لا يرجع بما زاد من قيمته على البايع لم يكن من ضمانه واليه اشار بقوله بخلاف الجملة ثم اشار الى علة ضمان
الجملة والى الفرق بين الجملة والاجزاء التي هي صفات وبمنزلة الصفات وهي مما لا يفرد بالتقويم اما العلة فهي العقد
لان الشراء عقد ضمان شرع فيه على ان يكون العين من ضمانه وان كان صحيحا واما الفرق فلان العقد يوجب
ضمان الجملة ولا يوجب ضمان الاجزاء بالارش على الانفراد وذلك لصورتين احدهما لو تعيب المبيع قبل القبض
لم يكن للمشتري الا تخيير العقد ويطالبه بجزء من الثمن بل اما ان يفسخ او يصبر بكل الثمن ولو تلف في يد
البايع استرد كل الثمن وهذا على القول للشيخ رحمه الله الثانية لو اشترى عبدا بجارية وتقابضا ووجد
بايع العبد بالجارية عيبا قديما فردها وقد تلف العبد فانه يأخذ قيمته ولو لم يتلف وتعيب بعيب
حادث لا تسعه لم يكن له طلب الارش مع العبد بل اما ان يقنع او يأخذ القيمة ومن هذا الفرق ظهر
انه يرجع على البايع بما ضمنه من الارش لانه لو لم يرجع عليه لكان قد استقر الضمان عليه واستقراره
اما بالعقد او باليد والاول باطل لما تقدم من انه لا يقتضي ضمان الاجزاء والثاني باطل لانه مغرور فيه
باليد لانه سلم اليه وعقد له عقدا لا يوجب ضمان الاجزاء بانفرادها فصار السبب هو تغرير البايع
اقوى من اليد ب عدم الرجوع لانه لا يرجع بزايد القيمة عند تلف الكل لما قدم فلا يرجع بالاجزاء
للتسوية بين الكل والاجزاء في الضمان لانه لم يكن كل جزء مضمونا لم يكن الكل مضمونا وانا
اقول الاصح عندي انه يرجع بزيادة القيمة والارش للتغرير لا للعقد وقوله في الاول انه
عقد ضمان ان كان المراد منه انه اذا تلف المبيع عنده تلف من ماله واستقر عليه الثمن فهو مسلم
لكنه يعقد على انه يضمن القيمة ومعلوم انه لو لم يكن المبيع مغصوبا لم يلزمه سوى الثمن فكان

الغاصب

الغاصب مغريا اياه موقعا له في خطر الضمان لان سبب الضمان من فعل الغاصب فكان اقوى من يد المشتري
فليرجع عليه وان كان المراد غير ذلك فليبينوه حتى ينظر في صحته وفساده على انا نمنع كونه عقد ضمان بغير
ما فرناه والصورتان المذكورتان في الفرق بينهما نظر فان عدم طلب الارش للعيب الحادث في يد البايع مع اخذ العين
مع تسليمه لانه تغيير العقد ونقص من الثمن ولا يجوز الا مع الضرورة والنص عليه فلهذا لم يثبت الارش قال
دام ظله ولو غصب فحلا فانزاه على الانثى فالولد لصاحبها وان كان الغاصب وعليه الاجرة على رأي اقول هذا
قول ابن ادريس لانها منفعة متلفة فكان عليه عوضها وهو الاقوى وقال الشيخ في المبسوط لا اجرة لان النبي
عليه السلام نهى عن كسب الفحل قال دام ظله ولا يملك المشتري ما قبضه بالبيع الفاسد ويضمنه وما يتجدد من
منافعه الاعيان وغيرها مع الجهل بالبايع او علمه مع الاستيفاء وبدونه اشكال اقول ينشأ من
بعته الاصل ولان الاصل في قبض مال الغير الضمان الا لسبب عدمه ولم يثبت ومن انها لم يقبض بالبيع الفاسد
ولا بالغصب والحق الثاني لان مال الغير يحدد في يده بغير فعلهما فكان كالثوب يطيره الريح قال
دام ظله ولو اشترى من الغاصب عالما فاستعاد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن ولو قيل يرجع مع وجود
عين الثمن كان حسنا اقول الاول اطلاق كثير من الاصحاب ووجه الثاني انه لم يزل عن ملكه وعينه باقية
فكان له اخذه ولانه لو ملكه البايع فاما بمجرد الدفع او بالبيع او بقيام البيع هنا مقام الهبة والاول
باطل لعدم صلاحيته للتمليك والثاني باطل لان انتقال الثمن الى البايع والعين الى المشتري معلولا هذا العقد
ونسبته اليهما متساوية واذا بطل احد المعلولين المتساويين بطل الآخر والا لاجتمع النقيضان ولا
شتراط كل منهما بالآخر معيته لا دورا والثالث باطل لان بطلان عقد لا يوجب صرفه الى غيره
لان لكل عقد لفظا خاصا به والحق عندي رجوعه بعين الثمن مع وجوده وعدم الرجوع بشيء مع تلفه
قال دام ظله وقيل لو خيف سقوط حائط اسند بجذع العين اقول هذا قول الشيخ في المبسوط
وفيه نظر لانه تصرف في ملك الغير بغير اذنه واحتج الشيخ بان مراعاة المصالح الكلية اولى
من الجزئية مع التعارض وفي اسناد الحائط حفظ انفس المارة وفي تركه حفظ بعض منافع
جذع مع امكان رده سريعا فكان الاول اولى ولوجوبه على صاحب الجذع كفاية وعينا بفقد
سواه قال دام ظله فان رجع على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة العين والاجرة وعدمه
اقول وجه الرجوع الغرور والعدم لان الهبة لا يستعقب الضمان قال دام ظله ولو رد قيمتها

العبد فالاقرب القبول ويحتمل عدمه لان العتق حق الله تعالى كما لو اتفق العبد والسيد على الرق وشهد عدلان
بالعتق قوله اذا باع زيد عبدا فاعتقه المشتري ثم اقر الغاصب للبايع العبد من عمرو وصدقه تمام العبد
في القبول احتمالان وجه الاول قوله عليه السلم اقرار العقلاء على انفسهم جائز والاقوى الثاني لان
العتق بالاصالة حق الله تعالى ولهذا لو اقر العبد لآخر بالرقبة وشهد عدلان بالعتق وتعارضا قدم شهادة
العدلين اجماعا ولانه مبني على التغليب فيقدم على غيره قال دام ظله وكذا لو تنازعا في القيمة على رأي
ما لم يدع ما يكذبه كالدرهم في قيمة العبد اقول قال الشيخ في المبسوط والخلاف القول قول الغاصب
مع يمينه لغرمه وانكاره وتبعه المصنف هنا وقال في النهاية القول قول المالك والاصح الاول قال
دام ظله ولو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقتها فادعى المالك الزيادة قبل التلف والغاصب
بعده او ادعى المالك تجدد العيب المشاهد في يد الغاصب لغاصب سبقه على اشكال الى قوله قدم قول الغاصب
اقول ينشأ من اصالة عدم السبق ومن اصالة البراءة والاقوى ترجيح اصل السلامة من العيب قال
دام ظله ولو باع الغاصب شيئا او وهبه ثم انتقل اليه بسبب صحيح فقال للمشتري بعتك ما لا املكه واقام بينة
فالاقرب انه ان اقتصر على لفظ البيع ولم يضم اليه ما يتضمن ادعاء الملكية سمعت بينته والا فلا كان يقول
بعتك ملكي او هذا ملكي او قبضت ثمن ملكي اقول وجه القرب انه قد يبيع ما ليس يملكه ولم يوجد
منافيا في الدعوى مطابقة ولا تضمنا ولا التزاما ومن حيث الظاهر الاصل انه لا يبيع الا ملكه فيحكم عليه
بالظاهر والحق التفصيل وهو انه ان ضم اليه ما يدل على انه ملكه كقوله بعتك ملكي وهذا ملكي فانه لا يسمع لانه
تكذيب لما تقدم منه والا سمع **المقصد الثاني في الشفعة وفيه فصول الاول في المحل**
قال دام ظله فلا يثبت في المنقولات على رأي اقول هذا اختيار الشيخ في الخلاف والمبسوط وابن
حمزة والطبرسي وجدي للاصل وقول الصادق عليه السلم ليس في الحيوان شفعة وذهب السيد المرتضى
وابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس الى ثبوتها في كل شيء من المبيعات سواء كان منقولا او غيره
لقول الصادق عليه السلم الشفعة في كل شيء من حيوان او ارض او متاع للحديث ولم يثبت عندنا
عدم صحة سنده قال دام ظله وفي دخول الدولاب نظر ينشأ من جريان العادة بعدم نقله
اقول ومن انه منقول حقيقة والاصح انه يدخل مع الارض المشفوعة ان ثبتت فيه والا فلا قال
دام ظله واحترزنا بالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف لصاحب السفل [illegible]

لها اذ لا ارض لها وان كان الحقوق ثابتا فاشكال من حيث انه في الهواء فليس ثابتا اقول ومن ثبوته
عادة والاولى عدم ثبوت الشفعة قال دام ظله واحترزنا بالمشترك عن غيره فلا يثبت بالجوار ولا فيما قسم
وميز الا مع الشركة في الطريق والنهر اذا ضمهما البيع واحترزنا بالقبول للقسمة عن الطاحونة والحمام وبيت الماء
والاماكن الضيقة وما اشبهها مما لا يقبل القسمة لحصول الضرر بها وهو ابطال المنفعة المقصودة منه
فلا شفعة فيها على رأي اقول هنا مسئلتان **أ** لا شفعة بالجوار وكلام ابن عقيل يشعر بثبوتها بالجوار
لنا قول الصادق عليه السلم لا تكون الشفعة الا لشريكين ما لم يتقاسما الحديث وللاصل واحتج ابن
ابي عقيل بوجود السبب وهو الخوف من سوء عشرة الداخل وبقول الصادق عليه السلم قضى رسول الله صلى الله عليه
وآله بالشفعة بين الشركاء في الارضين والمساكن وقال لا ضرر ولا ضرار وهو من باب الايماء الدال على العلية
كما تقرر في الاصول والجواب انه لو سلم لكان الموجود هو الحكمة التي يشتمل عليها الوصف الذي
جعله الشارع سببا للحكم وهو الشركة ولا يلزم من ثبوت الحكمة مجردة عن الوصف ثبوت الحكم المعلل
بالوصف **ب** لا شفعة فيما قسم ومن خلاف ابن ابي عقيل والبحث فيه كالجوار **ج** لا شفعة فيما لا يقبل
القسمة وقد قرر المصنف عدم القبول هو مذهب الشيخ في النهاية والمبسوط وعلي بن بابويه وابن البراج وولده
وقال السيد المرتضى والمفيد وابن البراج وابن ادريس بثبوت الشفعة واقول كلما هو على خلاف
الاصل يقتصر فيه على الدليل كالنص والاجماع وهو ثابت فيما يقبل القسمة فيبقى الباقي على الاصل قال دام
ظله ولو كان الشريك موقوفا عليه ثبتت الشفعة في الطلق ان كان واحدا على رأي اقول هذا اختيار ابن ادريس
لانه شريك واحد في مبيع واحد فكان له الشفعة كالطلق وذهب الشيخ في المبسوط الى عدم ثبوتها فيه لعدم
انحصار الحق فيه او عدم الشرط وهو الملك لعدم الانتقال اليه والمقدمتان ممنوعتان قال دام ظله
والاقرب عدم اشتراط لزوم البيع فلو باع بخيار ثبتت الشفعة اشترك او اختص باحدهما اقول
هذا اختيار ابن ادريس وهو الاقوى لحصول البيع الذي هو علة في الشفعة وقال الشيخ في المبسوط والخلاف
ان كان الخيار للبايع او لهما والمشتري فلا شفعة للشفيع لعدم انتقال الملك بمجرد العقد اليه وان كان
للمشتري وحينئذ للشفيع الشفعة لانتقال الملك اليه بنفس العقد للزومه من جهة البايع لكن له المطالبة بعد انقضاء
الخيار قال دام ظله وكذا لو باع الشريك ثبت للمشتري الاول الشفعة وان كان للبايع فيه خيار الفسخ
فان فسخ بعد الاخذ فالمشفوع للمشتري وان فسخ قبله فلا حق للبايع وفي المشتري اشكال اقول ينشأ من ثبوته له

ابتداءً ومن زوال العلة الموجبة واشتماله على نفي حكمة السبب فكان أنماها. الفصل الثاني في
الأخذ والمأخوذ منه قال دام ظله فلا يثبت لغير الشريك الواحد على رأي أقول هذا اختيار
الشيخين وعلي بن بابويه والسيد المرتضى وسلار وأبي الصلاح والصدوق في المقنع وابن البراج و
ابن حمزة والطبرسي وابن زهرة وقطب الدين الكيدري وابن إدريس وجدي للأصل ولرواية يونس بن عبد
الرحمن عن عبد الله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقا
سما فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة وذهب ابن الجنيد إلى ثبوتها مع الكثرة وذهب الصدوق
في كتاب من لا يحضره الفقيه لا تثبت مع الكثرة في الحيوان وتثبت مع الكثرة في غيره احتج
ابن الجنيد بصحيفة السند واحتج الصدوق بهذه الرواية وبرواية أحمد بن محمد بن أبي نصر عن عبد الله
بن سنان قال سألته عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه قال يبيعه قلت فإنهما كانا اثنين فأراد
أحدهما بيع نصيبه فلما أقدم على البيع قال له شريكه أعطني قال هو أحق به ثم قال عليه السلام لا شفعة في حيوان
إلا أن يكون الشريك فيه واحداً وهي ضعيفة السند وأخطأ ابن إدريس هاهنا حيث ادعى الإجماع على انتفاء
الشفعة مع الكثرة قال دام ظله وللأب أن يأخذ الشفعة على الصغير والمجنون وإن كان هو
المشتري لهما أو البائع عنهما على إشكال أقول ينشأ من الرضا بالبيع وإلا لم يصح فيسقط
ومن أن اتحاد العلة لا ينافي طلب المعلول وهو الأصح قال دام ظله وكذا الوصي على رأي أقول خالف
فيه الشيخ في المبسوط لأن الوصي متهم فيؤثر تقليل الثمن ولأنه ليس له أن يشتري لنفسه بخلاف الأب والأصح اختيار
المصنف هنا قال دام ظله ولو عفا الولي مع غبطة الأخذ كان للمولى عليه أيضاً المطالبة على إشكال
ينشأ من أداء الولي التراخي بخلاف الصبي عند البلوغ لتجدد الحق له حينئذ أقول ومن حيث إنه حق للصبي
وهو وليه وهذا هو الأصح عندي فإن الشفعة حق للصبي ولا يبطل بترك الولي وكل حق للصبي فللولي طلبه
ولا استبعاد في استحقاق الولي المطالبة بعد إسقاطه لبطلان الإسقاط ولا يترتب عليه أثره قال دام ظله
وقيل يثبت مع الكثرة فيقسط على عدد الرؤوس وقيل على قدر السهام أقول الأول اختيار الصدوق والثاني
اختيار بعض الفقهاء لأن المقتضي الملك ولأنها من مرافق الملك فيتقدر بقدره كالنماء وقال ابن الجنيد والشفعة
على قدر السهام بين الشركاء ولو حكم بها على عدد الشفعاء كان لصحيح الصدوق والرواية المنقولة عن علي عليه السلام
أن الشفعة تثبت على عدد الرجال ولأن من حصته أقل لو كان منفرداً لأخذ الجميع بأن المقتضي للشفعة

ما رواه الكوفي عن الصادق عليه السلام الشفعة على عدد الرجال وهي صحيحة

هو

الشركة والمعلول يتزايد بتزايد علته وينقص بنقصها إذا كانت قابلة للزيادة والنقصان وهاهنا ان
المحتاجان احتج بهما والذي لهما قال دام ظله ولو باع أحد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعة
دون المشتري وقيل بالشركة أقول الأول قول الشيخ في الخلاف لأن الشفعة ولوازمها أمور إضافية
لا يعقل إلا بين اثنين فإنها استحقاق فهو ينتقل الملك من المشتري إلى غيره فلا يعقل في الكل إلا بالنسبة إلى نفسه
والثاني قول ابن إدريس واختاره في المبسوط والمصنف في المختلف على القول بالشفعة مع الكثرة لتساويهما
في العلة الموجبة للشفعة ويكفي في التغاير في الإضافة التغاير الاعتباري ولو سلمنا لكن سبب الشفعة
مع الكثرة يقتضي أمرين أحدهما استحقاق الأخذ وثانيهما دفع الشريك الآخر عنه والثاني لا مانع
منه ولا يتوقف على المغايرة فيثبت هذا الأثر قال دام ظله ولو ترتب فللشفيع الأخذ من الجميع ومن البعض
فإن أخذ من السابق لم يكن للاحق مشاركته وإن أخذ من اللاحق شاركه السابق ويحتمل عدم المشاركة
إلى آخره أقول وجه الأول أن سبب الشفعة الملك للسابق وقد حصل وهذا مبني على أن الشفعة
هل يتبع الملك اللازم أو مطلق الملك فعلى الثاني يشاركه وعلى الأول فهل ترك الشفيع كاشف أو سبب اللزوم
فعلى الأول يستحق لا الثاني قال دام ظله ولو أخذ من الجميع لم يشاركه أحد ويحتمل إلى آخره أقول
وجه الأول أن سبب الشفعة قد زال ولأنها مبنية على الملك اللازم أو بشرط دوامه إلى الأخذ لاستحالة قوة
المعلول فينافي عدم العلة قال دام ظله لو باع أحد الأربعة وعفا آخر فللآخرين أخذ المبيع ولو باع ثلاثة
في عقود ثلاثة ولم يعلم الرابع ولا بعضهم ببعض فللرابع الشفعة في الجميع وفي استحقاق الثاني والثالث
فيما باع الأول واستحقاق الثالث فيما باع الثاني وجهان أقول منشؤهما ثبوت الملك حال البيع وزواله
قال دام ظله وفي استحقاق مشتري الربع الأول فيما باع الثالث واستحقاق الثاني شفعة الثالث
ثلاثة أوجه الاستحقاق لأنهما مالكان حال البيع وعدمه لتزلزل الملك وثبوته للمعفو خاصة أقول
وجه الثالث استقرار ملكه ويحتمل عدمه لتأخر الاستقرار فإن جعلناه كاشفاً استحق وإن جعلناه
شرطاً لم يستحق لاستحالة تأخر الشرط عن المشروط وإن قلنا إن الاستحقاق بمجرد الملك استحق أيضاً قال
دام ظله لو كان الشفعاء الأربعة غيباً فحضر أحدهم أخذ الجميع وسلم كل الثمن أو ترك فإن حضر آخر أخذ
من الأول النصف أو ترك فإن حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك فإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك وقيل
إن الأول يأخذ الجميع أو يترك أما الثاني فله حقه خاصة لانتفاء المفسدة وهي تبعيض الصفقة على المشتري

متنفية هنا اذا اخذ النصف كان وجها اقول وجه الاول انه لم يوجد الا ان غيره وجاز عفو الغائب
ويبقى هو المستحق لجميع نصف الشفعة وليس له اخذ بعض حقه ولان المطالبة وجدت منهما دون الثالث
قال دام ظله ولو قال الحاضر لا اخذ حتى يحضر الغائب لم يبطل شفعته على اشكال اقول ينشأ من
انه الآن المستحق فاشبه المنفرد فاذا ترك مختارا بطلت شفعته ومن انه ترك لعذر وهو خوف قدوم
الغائب فيستره منه وقواه الشيخ في المبسوط قال دام ظله ولو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم الباقي
لآخر ثم علم الشفيع فله اخذ الاول والثاني واخذهما فان اخذ الاول لم يشاركه الثاني وان اخذ الثاني
احتمل مشاركة الاول اقول وجه الاحتمال وجود الملك ومن استحقاق اخذه بالشفعة فلا يكون سببا
لها وهذه الفروع كلها ساقطة عندنا فلهذا لم يرجح فيها شيئا الفصل الثالث في كيفية
الاخذ قال دام ظله يملك الشفيع الاخذ بالعقد وان كان في مدة الخيار على رأي اقول الخلاف هنا
قد مضى قال دام ظله فلو قال اخذت نصف الشقص فالاقوى بطلان الشفعة اقول القائل بدليل له
المفهوم يبطل الشفعة عنده لان تقييد الاخذ بالنصف يدل على نفي الاخذ عن النصف الآخر عنده فيسقط
المسكوت عنه بالمفهوم والمنطوق باستلزامه تبعيض الصفقة وغير القائل به لا لان المفهوم قوي السقوط
كالمصنف لان الشفعة انما بطلت بالتصريح لا بالتحري ولعدم دلالة قوله اخذت النصف على اخذ الباقي لان
اللزوم هنا شرعي لا عقلي لجواز اختياره لاخذ النصف دون الباقي ويحتمل عدمه لان اخذ النصف
ملزوم لاخذ الكل وتحقق الملزوم يستلزم تحقق اللازم فيرجع المنشأ الى ان اللزوم الشرعي
هل هو كاللزوم العقلي ام لا وانه هل يشترط التصريح بالمطابقة او لا والاصح السقوط في غير المنطوق
لتاخير الطلب ويلزم منه السقوط في الآخر لتبعيض الصفقة لما مر قال دام ظله ويجب الطلب
على الفور ولو اخر مع امكانه بطلت شفعته على رأي وان لم يفارق المجلس اقول اختلف الاصحاب
هنا فقال الشيخ في المبسوط والنهاية وولده ابو علي انه على الفورية وهو اختيار ابن البراج وابن حمزه
وولدي وجدي لانها خلاف الاصل اذ الاصل ان لا يملك ملك الغير الا باذنه ورضاه فيخرج المجمع عليه
قال السيد المرتضى رحمه الله وعلي ابن بابويه وابن الجنيد وابن ادريس انها كالتراخي لثبوتها والاصل البقاء
قلنا فيما يقبله وهو هنا ممنوع والحق عندي انها على الفور لما روي عن النبي صلى الله عليه وآله
وسلم انه قال الشفعة لمن واثبها ولانها حق مبني على التضييق لايجاب لا سيما انها على اخذ مال الغير قهرا

بغير

بغير رضاه والتراخي نوع توسع فلا يناسبها ولما رواه علي بن مهزيار في الحسن قال سألت ابا جعفر
عليه السلام عن رجل طلب شفعة ارض فذهب على ان يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الارض اذا اراد
بيعها ايبيعها او ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة قال ان كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة ايام وان
اتاه بالمال والا فليبع وبطلت شفعته في الارض وان طلب الاجل الى ان يحمل المال فلينتظر مقدار ما سافر
الى تلك البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة ايام اذا قدم فان وفاه والا فلا شفعة له وجه الاستدلال انه
عليه السلام حكم ببطلان الشفعة بعد مضي ثلاثة ايام اخرها للعذر فلو كان حق الشفعة لا على الفور لم تبطل
تبطل شفعته بالتاخير مطلقا لعدم القائل بالفرق فالقول به احداث قول ثالث وهو باطل باجماعنا
قال دام ظله وانما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد فان كان مثليا فعلى الشفيع مثله وان كان
من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأي سواء كان مثل قيمة المسفوع او لا اقول الاجماع على
ان في الثمن المثلي يأخذه الشفيع بمثله وانما الخلاف في ذي القيمة فقال الشيخ يبطل الشفعة وقال
المفيد تثبت ويأخذه بقيمة الثمن احتج الاولون بان الشفعة خلاف الاصل فيقتصر على المجمع عليه
ورواية هرون بن حمزة في الحسن عن الصادق عليه السلام الى ان قال فهو احق بها من غيره بالثمن والمراد
الاتحاد في الماهية النوعية لا سيما الشخصية بالاجماع احتج الآخرون بعموم ثبوت الشفعة وهو
ممنوع فرع قال والدي المصنف يأخذ بقيمته يوم العقد في غير المثلي والاقوى عندي انه
يأخذ باعلى القيم من يوم العقد الى وقت الدفع لانه اخذ قهري كالغصب قال دام ظله ولو زاد
المشتري في الثمن بعد العقد لم يلحق الزيادة الثمن وان كان في مدة الخيار على رأي ولا يسقط عنه ما
يحطه البائع وان كان في مدة الخيار على رأي اقول هنا مسئلتان آ اذا زاد المشتري بعد
العقد في مدة الخيار لم يلحق الزيادة بالثمن ويأخذ الشفيع بما وقع عليه العقد للرواية المتقدمة
وقيل يلحق وليس بجيد ب اذا حط البائع شيئا من الثمن في مدة الخيار لم يسقط عن الشفيع عندنا
وقال الشيخ يسقط لانه يأخذ الثمن الذي استقر عليه البيع وهذا ضعيف ظاهر واختيار ابن ادريس
ما اختاره هنا قال دام ظله ولو كان الثمن مؤجلا فللشفيع الاخذ كذلك بعد اقامة كفيل
اذا لم يكن مليا وليس له الاخذ عند الاجل على رأي اقول هذا قول الشيخ في النهاية وقال في الخلاف
والمبسوط يتخير بين اخذه بالثمن حالا وبين الصبر الى الاجل ثم ياخذ بالثمن والاول اختيار المفيد وابن

ادريس وهو الاصح عندي لان الاجل له حصة من الثمن قال دام ظله والثمن للواهب ان ياخذه ان لم تكن لازمة والا فاشكال اقول بيانه ان الهبة قد لزمت من جهة الواهب والجمع بين الحقين يقتضي ذلك وهو ان يكون العين للشفيع والثمن للموهوب له ومن حيث ان الاخذ لا يبطلها والاصح الاول ولا تطلق والاتى وان كانت الهبة لازمة الى اخره فيه تناقض لان فرض لزومها يستلزم استقرار ملك المتهب لها في الاخذ للشفيع ففرض لزومها مع بقاء الشفعة تناقض لان المراد بلزوم الهبة كلزوم البيع المستحق بالشفعة ويستقر ملك المتهب على العين او ثمنها او المراد باللزوم لولا الشفعة كهبة ذي الرحم المقارنة للاقباض قال دام ظله فان قلنا برجع المتهب عاد فيه عوضا والا تخير بينه وبين الثمن اقول ان قلنا ان الثمن للواهب فقد حكمنا ببطلان الهبة فرجع المتهب بالعوض ان كان قد عوض وان قلنا ان الثمن للمتهب تخير بينه وبين الثمن قال دام ظله ولو كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري على راي اقول اذا عيب المشتري المبيع بعد المطالبة بالشفعة قبل الاخذ كان الصورة البناء خاصة ففيه اقوال ثلثة آ انه يضمن وهو المشهور واختاره شيخنا نجم الدين بن سعيد والدي المصنف قدس الله سرهما هنا وفي المختلف وهو الاقوى عندي لان الشفيع استحق بالمطالبة ان ياخذ المبيع كاملا وتعلق حقه به فاذا نقص بفعل المشتري ضمن له ب انه لا يضمن ويظهر من كلام الشيخ في المبسوط لان الشفيع لا يملك بالمطالبة بل بالاخذ فيتصرف المشتري في ملكه تصرفا سابقا فلا يضمنه لغيره لان الضامن لغيره لا يتحقق ان يكون ما يكون ما ضمنه للغير فان الضمان تابع للملك منه الضمان ولا يجامع من عليه ونقل هذا القول والدي عن شيخنا ابن سعيد والجواب انما يمنع صدق ان المالك لا يضمن ما ملكه لغيره كليا بل اذا لم يتعلق حق الغير بملكه لازما اما مع تعلقه فالمنع متوجه ولا يسلم منافي اجتماع الملكية والضمان عليه مطلقا كالراهن اذا عيب الرهن فانه يضمن الارش يكون رهنا بل ذلك في الملك المستقر وهنا البيع مستقر ويمنع جواز هذا التصرف والتعيب للمشتري بل هو منهي عنه لانه اضرار بالشفيع ونقض فيما جعله الشارع حقا له ج قول ابي الصلاح فانه قال واذا استهدم المبيع او هدمه المبتاع من غير علم بالمطالبة فليس للشفيع الا الارض والآلات وان علم بعد المطالبة فعليه رده الى اصله قال دام ظله اما لو تلف بعض المبيع فالاقرب انه ياخذه بحصته من الثمن وان لم يكن بفعل المشتري اقول الذي يظهر من كلام الشيخ في المبسوط انه ان كان

النقص

النقص بفعل المشتري اخذ الباقي بالقيمة والصواب بالحصة من الثمن لجواز كونها ضعفه والظاهر ان مراد الشيخ ما هو بناؤه وان كان بغير فعله ياخذه بجميع الثمن او يترك لانه لا يرجع النقص الى المشتري بشيء فيكون الاخذ منه اضرارا به والضرر لا يزال بالضرر وقال في الخلاف ان كان ذلك بامر سماوي فالشفيع بالخيار بين ان ياخذ بجميع الثمن او يترك وان كان بفعل ادمي كان له ان ياخذ العرصة بحصتها من الثمن والاصح عندي ما هو الاقرب عند المصنف ووجه القرب ان الثمن في مقابلة الجميع فالباقي يقابله بعض ما هو ثمن له وهو انما ياخذ بثمن ما ياخذه لا بما زاد ولا بما نقص ولانه تعذر على الشفيع اخذ الجميع وقدر على اخذ البعض فكان له بالحصة من الثمن كما لو كان له شفيع اخر ولانه اخذ بعض ما دخل معه في العقد فياخذ بالحصة كما لو كان معه شيء لا شفعة فيه واما الضرر فانما حصل بالتلف لا بصنع الشفيع والذي ياخذه الشفيع يؤدي ثمنه فلا يتضرر المشتري باخذه قال دام ظله ولو بنى المشتري او غرس بان كان الشفيع غائبا او صغيرا فطلب المشتري من الحاكم القسمة فللمشتري قلع غرسه وبنائه وليس عليه طم الحفر ويحتمل وجوبه الى اخره اقول وله صورة اخرى وهو ان يكون الملك المشفوع مقسوما معينا وقد اشتركا في النهر والطريق فيثبت بذلك الشفعة اذا عرفت ذلك فنقول الاول قول الشيخ في المبسوط لانه تصرف في ملك نفسه والثاني قول ابن الجنيد رحمه الله لانه يستحق اخذه مفرغا مثل ما كان قال دام ظله ولو امتنع المشتري من الازالة تخير الشفيع بين قلعه مع دفع الارش على اشكال وبين بذل قيمة البناء والغرس ان رضي المشتري اقول الاشكال هنا في موضعين آ القلع ومنشاؤه من ان حق الشفيع اسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب ومن ان المشتري تام الملك قبل اخذ الشقص وهذا ملك النماء ومن بنى في ملكه لم يتعد كالذي لا شفعة عليه وجواز انتزاعه من يده ليس موجبا للتعدية ونقض بنائه والا لثبت في الموهوب اذا غرس او بنى ورجع الواهب على القول بالجواز ولان الشفعة موضوعة لازالة الضرر فلا يزال بالضرر ب في وجوب الارش مع القلع ومنشاؤه من انه نقص دخل على ملك المشتري لمصلحة الشفيع والى هذا ذهب الشيخ في المبسوط ومن ان المفرط حصل من المشتري حيث زرع في ارض متزلزلة الملك اختاره المصنف في المختلف قال دام ظله مع عدم نظر اقول بيانه من قول جمهور الاصحاب ان له الاخذ بالقيمة ومن ان تملك مال الغير بغير رضاه غير جائز عقلا ولقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وهذا هو الاصح

عندي قال دام ظله والنماء المنفصل المتجدد بين العقد والاخذ للمشتري وان كان نخلا لم
يؤبر على رأي اقول قال الشيخ الطوسي رحمه الله الثمرة للشفيع في النخل غير المؤبر لانه تبع الاصل
في البيع فكذا هنا لوجود المقتضي وهو كونه جزءا من المبيع وهو ممنوع والفرق ظاهر ولانه مخالف للاصل
قال دام ظله ولو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالاقرب ان الشفيع لا يرجع بالتفاوت اقول
اذا فسخ البائع البيع للعيب في الثمن المعين واخذ قيمة الشقص بتقديم حق الشفيع ونقصت قيمة الشقص عن
قيمة الثمن فعلى قول الشيخ للشفيع الرجوع بالتفاوت لان العقد قد بطل فلم يعتبر بما وقع عليه بل بما استقر
رجوعه على المشتري ووجه القرب ان الشفيع قد ملكه بالعوض الذي وقع عليه العقد فلا يتغير حكمه بعد ذلك
بالرد بالعيب لانه ابطال للعقد ولم يبطل في حق الشفيع لانه لا يبطل عليه قال دام ظله ولو تلف الثمن المعين
قبل قبضه وان كان الشفيع قد اخذ الشقص رجع البائع بقيمته والا بطلت الشفعة على اشكال اقول
ينشأ من ان عدمه شرط فيكون عدم التلف قبل القبض شرطا في صحة البيع وشرط السبب شرط المسبب فيكون شرطا
في الشفعة فعاد الحق كما كان فانتفى الفرق من سبق الاستحقاق لان عدم التلف قبل القبض شرط
البقاء والسبب في الشفعة الحدوث وهذا هو الاصح عندي قال دام ظله وهل له الارش قيل لا الى آخره
اقول قال الشيخ لا ارش له وقد ذكر المصنف الوجهين فلا حاجة الى اعادتهما الفصل الرابع
في مسقطات الشفعة قال دام ظله وتسقط بكلما يعد تقصيرا او توانيا على رأي اقول الخلاف هنا
قد مضى قال دام ظله فان لم يحضر فليشهد فان ترك الاشهاد فالاقرب عدم البطلان اقول وجه القرب
ان الظاهر انه ترك لعذر لمناسبة ولانه ثبت له حق الشفعة والاصل البقاء ويحتمل عدمه لان الاشهاد اذا
كان قائما مقام الطلب وقد تركه فيكون بمنزلة من ترك الطلب لان الترك اعم من ان يكون لعذر او لا ولا
يعلم الاول الا بالاشهاد ولم يوجد وهذا هو الاصح عندي لان الشفعة خلاف الاصل قال دام ظله ولو
اسقط حقه من الشفعة قبل البيع او ترك عنها او عفا او اذن فالاقرب عدم السقوط اقول هذا اختيار
ابن الجنيد وابن ادريس لانه انما يستحقها بالبيع فلا حق له قبل البيع فلا يصح عفوه وقال الشيخان وابن
حمزة تسقط لانه تمكن من دفع الضرر فلم يفعله والاقوى عندي ما هو الاقرب عند المصنف قال دام ظله
وكذا لو كان وكيلا لاحدهما في البيع او شهد على البيع او بارك لاحدهما في البيع عنده او اذن للمشتري في الشراء
او ضمن العهدة للمشتري اقول هنا مسائل آ لو كان الشفيع وكيلا لاحدهما في العقد فاوقعه قال الشيخ

من البطلان صح

في المبسوط والخلاف لم تسقط شفعته وتبعه ابن ادريس لان اتحاد سبب الشفعة لا يوجب
نفيهما والاقوى عندي اختيار والدي في المختلف وهو عدم الشفعة لان رضا المتبايعين قد يثبت الى تمام
العقد فقارن رضاه بالبيع القبول والاصل بقاؤه فبطلت ج اذا شهد على البيع قال الشيخ في النهاية
بطلت شفعته وتبعه ابن حمزة وقال ابن ادريس لا تبطل الشفعة والتحقيق ان مجرد سماع العقد
وتحمل الشهادة فان طلب بلا تراخ لم تبطل والا بطلت د اذا بارك لهما او لاحدهما قال الشيخ في النهاية
بطلت شفعته واختيار الشيخ في المبسوط انه اذا سلم وبارك وعقبه بالطلب بلا تاخير لم تبطل والاقوى
سقوط الشفعة وهو اختيار والدي في المختلف لانه يدل عرفا على الرضا بالبيع وقد وجد بعده فيسقط
ه اذا ضمن العهدة لاحدهما اختار الشيخ في المبسوط والخلاف عدم بطلان الشفعة وتبعه ابن ادريس
واختار والدي في المختلف البطلان لدلالته على الرضا عرفا وهو الاقوى عندي ومتى تحقق التأخير
مختارا بطلت الشفعة قطعا قال دام ظله او شرطا له الخيار فاختار الامضاء ان رتبت
على اللزوم اقول اذا شرط المتبايعان للشفيع الخيار فاختار امضاء البيع هل يسقط شفعته
ام لا قال في المبسوط لا تسقط وقال في الخلاف تسقط وشيخنا رتب الخلاف على ان الشفعة هل تتوقف
على لزوم البيع او على صحته مطلقا فعلى الاول لا يسقط لان سبب الشفعة اللزوم واختيار السبب
ليس في طلب المسبب اذا كان السبب من فعل من يطلب المسبب وموقوفا عليه فلابد من ارادة السبب و
ايجاده حتى يحصل المسبب لانا نستحقها متاخرا عن لزوم البيع باجازته قبل اللزوم كالاذن في البيع
وعلى الثاني تسقط لان اجازة البيع بعد اسقاطه للشفعة باجماع القائلين بهذا القول والنص
وتاخيرها اختيارا فيبطل فيجب علينا ان نبين الشفعة هل هي مترتبة على اللزوم او على العقد
يحتمل الاول من حيث انها معلولة للبيع فيتوقف على لزومه ومن حيث وقوع البيع بمجرده موجب
للشفعة لعموم النص والتحقيق ان امضاء البيع هل هو شرط السبب او الحكم قال دام ظله او تلف قبل
قبضه على اشكال اقول اذا عرف الشفيع بتلف الثمن المعين قبل قبضه قال الشيخ في المبسوط تبطل الشفعة
لبطلان تبعها ويحتمل عدمه لان الشفيع قد تعلق حقه قبل تجدد الفسخ والفسخ المتعقب للبيع الصحيح
لا يبطل الشفعة وهذا هو الاصح عندي وهذا فرع على المسألة المتقدمة من انه اذا تلف الثمن المعين قبل
قبضه هل يبطل ام لا قال دام ظله وهل له الترك عاجلا والاخذ وقت الحصاد نظر اقول ينشأ من انه

وحالة والاقرب عند المحققين ان وجدت دلالة على الرضا بالبيع بطلت الشفعة صح

لا ينتفع به قبل ذلك ويخرج الثمن من يده فهو عذر في التاخير ومن ان تاخير المنفعة لا يوجب تاخير
الشفعة كما لو بيعت ارض الزرع في وقت لا ينتفع بها بل بعد شهر او شهرين لا يؤخر الشفعة الى اوان
الانتفاع والاصح عندي انه لا يجوز تاخير لان الشفعة على خلاف الاصل وعموم ادلة فورية الشفعة
قال دام ظله والشفعة موروثة كالمال على اي سواء طالب المورث او لا اقول هذا اختيار المفيد
والسيد المرتضى والشيخ في الخلاف وابن الجنيد لعموم آية الارث وقال الشيخ في النهاية وموضع آخر
من الخلاف وابن حمزة وابن البراج والطبرسي انها لا تورث لقول علي عليه السلم لا تورث الشفعة ولم يثبت قال
دام ظله ولو عفى احد الوارثين فللآخر ومات الطالب فورثه العافي فله الاخذ بالشفعة على اشكال
اقول منشاه من اسقاط الشفعة المستحقة لغير العافي اليه لان مورثه استحق الجميع بعد عفو العافي
وهو حق موروث متجدد ومن سقوط شفعته بعفوه وانما يستحق غيره ما عفى عنه باعتبار انه
غيره لعدم العفو فلا يرثه لفقد الشرط ولا يستحق نصيب غيره لاستلزامه التشقيص ولانه كما سقط حق الشريك
في جزء سقط حقه في الكل ولانه رضي بشركة الشريك بعد البيع قال دام ظله ولو اوصى لانسان بشقص
فباع الشريك بعد الموت قبل القبول استحق الشفعة الورثة ويحتمل الموصى له ان قلنا انه يملك بالموت اقول هذا
مبني على وقت ملك الموصى له وعلى وقت انتقال التركة الى الورثة وسيأتي قال دام ظله ولو لم يطالب
الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعة للموصى له لتاخر ملكه عن البيع وفي الوارث وجهان منشأهما
ان من باع قبل علمه ببيع شريكه اقول يريد ان الوارث لم يطالب لعدم علمه وبالجملة لعذر يقتضي
بقاء منفعته مع التاخير ومنشأ الوجهين من زوال المقتضي ومن وجود الاستحقاق اولا والاصل
بقاؤه قال دام ظله ولو باع احد الثلثة حصته من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري ويحتمل
التسوية اقول وجه الاول عدم ثبوت الحق للمستحق على نفسه ولانها اضافة ووجه الثاني تساويهما
في الموجب ولانه لما جاز للشريك ان يملك المبيع بالخلطة دون الشراء فاولى ان يملكه بالخلطة مع الشراء

المقصد الخامس في التنازع

قال دام ظله لو اختلفا في الثمن ولا بينة قدم قول المشتري مع
يمينه ولو اقاما بينة فالاقرب الحكم ببينة الشفيع لانه خارج اقول هذا قول ابن ادريس وقال
الشيخ في الخلاف والمبسوط البينة بينة المشتري وقال ابن الجنيد البينة على الشفيع في قدر
الثمن اذا لم يقر له بالشفعة فان اقر بها المشتري كانت البينة في قدر الثمن عليه والا كانت على الشفيع

انه

انه لا يستحق عليه زيادة على ما يقر له من الثمن ووجه القرب انه الخارج ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري
غير ملزمة لان الشفيع لو ترك تركت فكان الملزم اولى احتج في الخلاف بان بينة المشتري تثبت زيادة الثمن والبينات
ترجح بكثرة الاثبات ويحتمل التعارض لان النزاع وقع فيما وقع عليه العقد ولا دلالة لليد عليه فلانه نزاع
في العقد وهو مبني على التحالف عند التخالف في كمية الثمن قال دام ظله ولا يقبل شهادة البايع
لاحدهما ويحتمل القبول على الشفيع مع القبض وله بدونه اقول وجه عدم القبول مطلقا ان قلة الثمن
يوجب قلة الدرك عليه وكثرته يوجب بطلان البيع باستحقاق الزيادة مع الشراء بالعين ويرجع الى عينه
فالشفيع ينكره ففي الموضعين يجر نفعا ووجه القبول على الشفيع مع القبض اقراره بزيادة الدرك عليه فلا
تهمة وما ذكره اولا لا يقتضي عقلا ضمن هذا لندوره ولحصاره بالنسبة الى هذا المحذور ووجه
القبول له مع عدمه لانه مدخل للضرر على نفسه والدرك انما هو بالمقبوض قال دام ظله ولو كان الخلاف
بين المتبايعين فالاقرب الحكم ببينة المشتري ويأخذ الشفيع به اقول قال الشيخ في المبسوط يحكم
بالقرعة فمن خرج اسمه حكم له واخذ الشفيع بذلك الثمن ووجه القرب تام مع القول بان القول قول البايع مع
بقاء العين فظاهر وانما على التحالف مع اليمينين وهو اختيار المصنف فلانهما متخالفان لاصلين استحقاق
الملك ليد ورضا البايع بهذا العوض وبينة البايع تخالف اصلا واحدا وهو عدم رضا المشتري بالزيادة
ويأخذ الشفيع به لانه انما يأخذ من المشتري ويدفع اليه الثمن فيحكم عليه باقراره وهو يدعي كذب بينة البايع
قال دام ظله ولو لم يقم بينة وحلف البايع فيتخير الشفيع بين الاخذ به والترك والاقرب بما ادعاه
المشتري وكذا لو اقام البايع بينة اقول وجه القرب ان المشتري اعترف بان البايع ظلمه بالزيادة فلا
تظلم بها ويحتمل ضعيفا اخذه بما حلف عليه البايع او اقام عليه بينته لانه قد ثبت شرعا انه الثمن وان العقد
وقع عليه فلو وجب لتارع غيره لتضاد الحكمان قال دام ظله ولو اختلفا في قيمة المجعول ثمنا عرض
على المقومين فان تعذر قدم قول المشتري على اشكال اقول منشاه من اخذ الملك منه قهرا فلا يقهر على العوض
انصاه من الاصل قال دام ظله ولو ادعى انه باع نصيبه على اجنبي فانكر الاجنبي فللشريك الشفعة
بظاهر الاقرار على اشكال اقول قال الشيخ في الخلاف والمبسوط يثبت الشفعة لقوله عليه السلم اقرار
العقلاء على انفسهم جائز وقد اقر باستحقاقها في ملكه وقال ابن ادريس لا يثبت الشفعة لعدم ثبوت البيع
وهذا الاختلاف ثابت على تقدير ادعائه عدم قبض الثمن وعلى تقدير اعترافه بقبضه لكن مع اعترافه بقبض الثمن

عدم الشفعة ظاهر لاستحالة اخذه من غير ثمن والبايع لا يستحقه لاعترافه بقبضه والمشتري لا يستحقه
لانكاره البيع واستحالة استحقاق غيرهما ويحتمل ان يقال يقبضه الحاكم ومع عدم اعترافه بقبض الثمن بثبوت
الشفعة اظهر لاعترافه باستحقاق اخذ الملك من يده ودفع الثمن اليه قصاصا ولانه عوض ملكه قال دام ظله و
للشفيع دون البايع على اشكال احلاف المشتري اقول لا شك في احلاف الشفيع المشتري اما لاثبات الشفعة
على قول ابن ادريس في المسئلة المتقدمة او لدرك على قول الشيخ واما البايع ففيه الاشكال من حيث ان قصده
حصول الثمن وهو يحصل من الشفيع بغير يمين فلا فائدة في احلاف المشتري وكلما انتفت فائدة اليمين لم يجب
الاحلاف تمام الاولى ولان البيع يقتضي استحقاق المشتري لعينه واستحقاق البايع ولا يحلفه البايع على
نفي حق المشتري لا على نفي حقه وهو الثمن فلما حصل الثمن انتفت فائدة اليمين واما الكبرى فظاهرة
ومن انه ادعى على شخص حقا فيحتاج نفسه عند اليمين ولانه يريد جعل درك الثمن عليه ان المشتري بنفيه
فلا بد من اليمين وهو اختيار الشيخ ولانه لو دفع اليه ما دفعه الشفيع اليه وجب قبضه واعلم انه لا بد
من اليمين على قول ابن ادريس لعدم ثبوت الشفعة فلا يحصل له الثمن وهذا البحث انما يتاتى مع اطلاق
الثمن وكونه مثليا اما مع تعينه او كونه من ذوات القيم فللبايع احلاف المشتري قطعا وانما يجب
درك الشفيع على البايع هنا لانه اخذ منه بسببه ولا تاثير لمدعى عليه للشراء فيه قال دام ظله ولو
شهدت بينتان لكل منهما بالسبق احتمل التساقط والقرعة اقول وجه الاول عدم اولوية
المقدم واستحالة الترجيح من غير مرجح وامتناع العمل بهما ووجه الثاني انه مشكل والاولى التساقط
والتحالف قال دام ظله ولو ادعى الابتياع وادعى الشريك الارث واقاما بينة قيل يقرع والاقرب
الحكم ببينة الشفيع اقول الاول قول بعض الفقهاء لاعتضادها بالاصل ولانه ليس مجرد انكار
بل هو دعوى زايدة ووجه القرب انه يدعي الملك فهو مخالف للاصل فيكون اقرب الى المدعي ومدعي الارث
اقرب الى المنكر قال دام ظله نعم لو شهدت البينة بالابتياع مطلقا والاخرى ان المودع اودعه
ما هو ملكه في تاريخ متاخر قيل قدمت بينة الايداع لانفرادها بالملك ويكاتب المودع فان صدق بطلت
الشفعة والا حكم للشفيع اقول قوله قيل اشارة الى قول الشيخ في المبسوط ووجه قوله ان ملكية
البايع المتاخرة عن البيع منافية للحكم بالبيع الان في ذلك التاريخ وقد ثبت بالبينة وملكيته التي هي
شرط في البيع حال البيع لم تحصل لان الشاهدين بالبيع شهدت بالبيع مطلقا اي من غير تقييد بملكه فالشرط

غير

نسخة

غير معلوم والمانع ثابت معلوم فلا حكم بالبيع ولان الشفعة ملك قهري يبنى على الاحتياط التام لان الاصل
ان المسلم لا ينتقل عنه ملكه الا باختياره فهي على خلاف الاصل فلا حكم بها الا بيقين بثبوت سببها ولم
يحصل وقد استضعفه المصنف دام ظله لان الشهادة بالملك المتاخر تنفي البيع السابق لجواز استنادهم على الظاهر
وهو اصالة بقاء الملك لعدم علمهم بالبيع فانه قد يخفى عليهم فيعدم بينة البيع ولانها ناقلة عن الاصل و
بينة الايداع مقررة والناقلة عن الاصل مقدم على المقررة كما تقرر في الاصول وهو الاقوى عندي قال دام ظله
فان قال الخصم على اشكال اقول من حيث سقاؤه عنه باقراره ومن حيث اعترافه بالشراء وتكذيب المنسوب
اليه والاقرب للاخذ بالشفعة لاعترافه باستحقاق الاخذ من يده وتسليم الثمن الحاكم قال دام ظله ولو
انكر المشتري ملكية الشفيع افتقر الى البينة وفي القضاء باليد اشكال اقول ينشأ من وضع
الشارع اياها علامة على الملكية وسببا ايضا ومن ضعفها فلا يوخذ ملكا لغيرها لا مع انضمامها الى عدم المعارض
قال دام ظله ولو اختلف المتبايعان في الثمن واوجبنا التحالف اخذه الشفيع بما حلف البايع لا بما
حلف المشتري اي اخذه بما قال البايع جان وملك الشفيع اخذه بما قال المشتري فان عاد المشتري وصدق
البايع وقال كنت غالطا فهل للشفيع اخذه بما حلف عليه الاقرب ذلك اقول تقرير هذه المسئلة انه اذا
اختلف البايع والمشتري في كمية الثمن وقلنا بالتحالف وانفساخ البيع بالتحالف لم تبطل الشفعة
لانه فسخ متجدد والاختلاف قبل اخذ الشفيع فياخذ من البايع هنا ودركه عليه لانه اعترف باستحقاق اخذه
بذلك الثمن الذي ادعاه ولا يسقط حقه من العين بسقوط حق المشتري وانما ياخذه بما حلف عليه البايع والا
لم يكن في احلافه فائدة لان فائدته نفي الثمن الذي قاله المشتري فاذا لم يحصل له الامر اسعى ما اثر يمين البايع فلا
فسخ حينئذ هذا اخلف فان رضي المشتري باخذه بما قال البايع قبل تمام التحالف ولا بعد جدد ياخذه
الشفيع هنا من المشتري بما قال المشتري اولا لاعترافه بان الثمن هو الناقص والبايع ظالم وياخذ الزيادة
فان عاد المشتري اي رجع عن دعواه وصدق البايع قبل حلف البايع حلم على المشتري باعترافه بصحة البيع فللشفيع
اخذه حينئذ بما حلف عليه المشتري اي بما ادعاه فهذا عندي لا يحتمل غيره وقال والذي ان الاقرب وجه القرب
قوله عليه السلام اقرار العقلاء على انفسهم جائز وقول المشتري الثاني اقرار على الغير اعني الشفيع فلا يسمع و
يحتمل بما قال ثانيا لثبوته باقراره ودعواه الغلط في الاول لعله امر ممكن فلا يدخل عليه ضرر ان الشفعة
ونقص الثمن مع امكان صدقه ولان الاصل انه لا ينتقل ملك المشتري عنه الا بقوله وعلى القول باسقاط الشفعة

اشتريته لفلان سئل فان صدق ثبتت الشفعة عليه وان قال هو ملكي لم اشتره اسقط الحكومة الي فان كذبه حكم للشفيع على الخصم صح

لان للبايع فسخ البيع فاذا اخذه بما قال المشتري منه فان رضي المشتري صح

مع التخالف في التقابض يرجح بما قال ثانيا لان قول الثاني سبب في ثبوت الشفعة وثبوت الفرع ينافي نفي الاصل
وانما قال كنت عالطا لانه لو قال كذبت لم يسمع قطعا واحترز عما قال اولا وقوله بما حلف عليه لا يوهم اشتراط
الحلف لان عنوان الموضوع ليس بشرط في الحكم لا نصيد وكل نايم مستقط في الجملة وانما ذكره والتحالف
البائع والمشتري ولم يذكروا التحالف المشتري والشفيع لان كلا من البائع والمشتري مدع منكر فحلف
كل منهما من حيث هو مدعى عليه وليس كذلك المشتري والشفيع بل الشفيع مدع لا غير والمشتري مدعى عليه
لا غير فاختص بالتحليف ولا بالبائع والمشتري مباشران للعقد والاحتمال في قولهما على السواء والشفيع
اجنبي عن العقد فتصدق المباشر ولو رجوع المشتري لم يرجع الشفيع الى الثمن فلا فائدة في تحليفه
ولو اختلفا بعد قبض المشتري واخذ الشفيع فاذا تحالفا انفسخ العقد ويرد الشفيع ويرجع البائع
على المشتري بقيمته بعد الفسخ يوم قبضه قال دام ظله وان كذبه احلف البائع ولا يكون النكول
اسقاطا لان تركا يمين عذر على اشكال اقول منشأ من جوازها على التصدق وكراهيتها للخطر الفصل
الثالث في احياء الموات قال دام ظله ولو استولى طائفة من المسلمين على بعض مواتهم ففي
اختصاصهم بها من دون الاحياء نظر منشأ من سبق الاستيلاء فيها ليس بمملوك اقول ومن ان
اراضيهم المحياة تملك بالاستيلاء فالموات اولى ان تفيد الاختصاص فيها ولان الاستيلاء ابلغ من التحجر والاصح
الاول فان الموات لا يملك الا بالاحياء قال دام ظله وحد الطريق لمن انتكر ما يحتاج اليه في الارض المباح خمس
اذرع وقيل سبع اقول الاول قول كثير من الاصحاب اختاره المصنف هنا ونجم الدين بن سعيد وقال
الشيخ في النهاية هو سبع اذرع واختاره ابن ادريس والمصنف في المختلف وهو الاصح عندي لنا رواية مسمع
بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام قال قضى رسول الله صلى الله عليه وآله الى ان قال والطريق اذا تشاح عليه اهله
فحده سبع اذرع وكذا في حديث السكوني عن الصادق عليه السلام احتج الاولون باصالة عدم الزائد قال
دام ظله ولو كان النهر في ملك الغير فادعى الحريم قضي له مع يمينه على اشكال اقول معنى الحريم
هو الموضع القريب من موضع معمور يتوقف تمام الانتفاع بذلك المعمور عليه ولا بد لغير مالك المعمور عليه ظاهرا
فهو حريم لذلك الموضع المعمور فاذا كان النهر في ملك الغير وادعى الحريم ففي تقديم يمينه اشكال ينشأ
من تعارض الحق والملك والملك اقوى ومن توقف غاية الملك على الحريم فيساويه ولان الاصل عدم استحقاق
حق في ملك الغير مالك وكلام مالك الملك يوافق الاصل ودعوى مستحق النهر تخالف الاصل فهو المدعي

مع التخالف في الثمن ولو ... والبائع والمشتري والشفيع تحالف صح

والاول هو المنكر ومن حيث ان الحريم لازم للنهر لا ينفك عنه عيانا فكلام مدعيه موافق
للظاهر لان ثبوت الملزوم يستلزم ثبوت اللازم فمالك الارض مدعي خلاف الظاهر فالاشكال هنا انما
من تفسير المدعي للحريم ولان ما يجاوره الحريم يملك الحريم على الاقوى فيقدم قول المدعي للحريم لانه ذو يد
قال دام ظله فان مات فوارثه احق به فان باعه لم يصح بيعه على اشكال اقول اي لو باع المحجر
ومنشأ الاشكال ان الارض المفتوحة عنوة تباع بمجرد الاثار ولو تبعا للاثار فكذا هنا ومن عدم الملك
بل انما هو ملك الملك وليس حكمه حكمه والاقوى الثاني قال دام ظله وليس للامام اقطاع ما لا يجوز
احياؤه كالمعادن الظاهرة على اشكال اقول منشأ من وجوه آ اختلاف الاصحاب فقال بعضهم
انها ملك للامام عليه السلام وهو اختيار المفيد وسلار واذا كانت له فله ان يقطعها وقال آخرون كالمعادن
فيها مشتركون ولا يجوز منع بعضهم عن حقه وقال ابن ادريس المعادن التي في ملكه عليه السلام له فله اقطاعها
وغيرها فلا ب قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا اضاف الكل الى الكل بالاستحقاق
ويقتضي الاشتراك والاصل في المباحات الاشتراك فلا يجوز التخصيص الا بنص وليس هنا وقيل بل الاضافة
الى كل واحد والامام هو ولي المسلمين وولي المصالح فله التخصيص كالحمى والاقطاع في الموات
فهو سائغ مصروف ومنع بل هو تزاحم حقوق فلا تخصيص ج من ان الاستحقاق بحسب المصلحة والاصلاح فهو
منوط بنظر الامام عليه السلام فجاز له التخصيص ومن ان تخصيصا طلب من النبي عليه السلام ان يقطعه
ملحا عينه بموضع تخصه فقيل انه كالماء العد فقال عليه السلام فلا اذن وهذا هو منشأ الاقوى
عندي قال دام ظله ومن حمى شيئا منه لم يملكه ما دام الحمى مستمرا فان كان الحمى لمصلحة
فزالت فالوجه جواز الاحياء اقول وجه الجواز زوال سبب المنع ووجه المنع ان التغير انما يكون
بالاجتهاد ولا يجوز تغيير ما فعله الامام بالاجتهاد ولان الحمى لا يثبت بمجرد المصلحة بل بحكم الامام
فلا يزول الا به لا امتناع مناطية الاحكام بالمصالح قال دام ظله ولو جلس للبيع والشراء في الاماكن المتسعة فالاقرب الجواز للعادة اقول ويحتمل عدمه لان شرع الطريق لمصلحة الاستطراق
فلا يستعمل في غيرها والاقوى الاول قال دام ظله فان قام ورحله باق فهو احق به فان دفعه بينه
العود فالاقرب بطلان حقه اقول وجه القرب انه لا يملك بسبب الاولوية للتصرف وقد زال ومن انه
ربما ضرب يعرف للمعاملين والاول الاقوى قال دام ظله وليس له بناء دكة ولو استبق اثنان

فالاقرب القرعة اقول وجه القرب من حيث انه امر مشكل ولعدم الترجيح واستحالة بلا مرجح والمانع من كل منهما بثبوت حق الاخر فلو ارتفعا لبقينا ويستحيل اجتماعهما فتعين بالقرعة ومن انها ليتبين المتعين في نفس الامر المشتبه عندنا لانها كاشفة وليس احدهما متعينا في نفس الامر والاقوى عندي القرعة ويمنع انحصارها في تمييز المشتبه لما هو في نفس الامر بل قد يكون للترجيح لرفع النزاع وهو مطلوب للشارع قال دام ظله وهل يصير اولى ببقائه عليه اشكال اقول البحث هنا في المدارس ومنشأ الاشكال من حيث ان دخله قد يمنع بحق فلا يزال ومن انه لم يوضع المدرسة لوضع الرجل بل يكون الرحل تابع لكونه فيه واذا زال المتبوع عادة لم يبق اثر التابع الفصل الثالث في المعادن قال دام ظله اما الظاهرة الى قوله فهذه للامام يختص بها عند بعض علمائنا والاقرب اشتراك المسلمين فيها اقول ذهب ابن البراج في المهذب الى ان جميع المعادن من الانفال وهي للامام عليه السلم وذهب المفيد ايضا الى ان المعادن مطلقا من الانفال وذهب ابن ادريس الى ان المعادن التي في ملكه عليه السلم خاصة كبطون الاودية للامام عليه السلم وما هو في ارض المسلمين فهو للمسلمين وما ليس عليه فلا يستحقه عليه السلم وذهب الشيخ في المبسوط الى ان المعادن الظاهرة يشترك المسلمون فيها وليس للسلطان ان يقطعه بل الناس كلهم فيه سوا ياخذون منه قدر حاجتهم ولا خلاف في ان ذلك لا يملك وهو الذي اختاره المصنف هنا وهو الحق قال دام ظله فان تسابق اثنان اقرع مع تعذر الجمع ويحتمل القسمة وتقديم الاحوج اقول اذا ازدحم اثنان في معدن ولم يمكن الجمع بينهما ولكل واحد منهما حق الانتفاع فان سبق احدهما قدم اجماعا والاقوى بقدر حاجته لقوله عليه السلم من سبق الى ما لم يسبقه مسلم فهو احق به ولو تساويا ففيه احتمالات آ القرعة لانه امر مشكل ب القسمة بينهما لتساويهما في سبب الاستحقاق ج تقديم الاحوج لان سبب الاستحقاق الاحتياج وكلما كان السبب اقوى قدم والاقوى عندي الثاني د قال دام ظله واما الباطنة وهي التي تظهر بالعمل الى قوله فقيل انها للامام ايضا خاصة والاقرب عدم الاختصاص اقول قد تقدم الخلاف في اختصاص الامام وعدمه فيه ووجه القرب ان الاصل اباحة ذلك وعدم اختصاص الامام عليه السلم وانما قال في الظاهرة انها مشتركة وقال هنا بعدم الاختصاص لان هذه ملحقة بالموات فمن احيى شيئا منها فهو احق به قال دام ظله ولو حفر كافر

ارضا فوصل الى معدن ثم فتحها المسلمون ففي صيرورته غنيمة او للمسلمين اشكال اقول منشأه من مشابهته الارض فيثبت له حكمها ومن انه بعد غيرها وتخالفها في الماهية وهو الاقوى قال دام ظله ولو حفر في المباح لا للتملك بل للانتفاع فهو احق مدة بقائه عليها وقيل يجب بذل الفاضل عن مائه عن قدر حاجته وفيه نظر اقول هذا قول الشيخ الطوسي رحمه الله لرواية ابن عباس عن النبي عليه السلم قال الناس شركاء في ثلث النار والماء والكلاء وروى جابر ان النبي صلى الله عليه واله وسلم نهى عن بيع فضل الماء ووجه النظر انه ان قلنا ان تملك المباحات لا يحتاج الى نية فقد ملك هذا الماء فلا يجب عليه بذله واصله كسائر الاموال والمراد من الخبر بعد صحته الماء المباح والنهي عن بيع فضل الماء لا يوجب البذل لجواز كونه للجهالة وعلى القول باحتياجه الى النية فيكون هذا كالتحجير فيفيد الاولوية ويمنع وجوب بذل الفاضل منه قال دام ظله ويملكون الماء الجاري في النهر المملوك لهم بل يكونون اولى به والاولى الملك لانه مباح قابل للتملك بعدهم عليه للتملك قال دام ظله ولو احتاج النهر الى حفر او اصلاح او سد فرصة فهو عليهم على حسب ملكهم فيه ترك العمل له ان يصلوا الى الادنى منه ولم لا شيء عليه ويشترك المالكون الى ان يصلوا الى الثاني وهكذا ويحتمل التشريك اقول وجه الاول انما بعد موضعه لا ينتفع به بمصب مائه والاقوى الاول لان الباقين يختصون بما بعد الاول فعليهم خاصة عمارته

كتاب الاجارة وتوابعها وفيه مقاصد

الاول في الاجارة وفيه فصول الاول في الماهية قال دام ظله ولا الصبي غير المميز ولا المميز وان اذن له الولي على اشكال اقول ينشأ من انه مميز اذن له الولي فالمجبر نقصه ومن عموم النص على عدم اعتبار عبارة الصبي والاقوى الثاني لان البلوغ سبب لا شرط قال دام ظله ولا يؤجر احدهما على راي الا ان يكون المؤجر مرفوقا عليه فيموت قبل انتهاء المدة فالاقرب البطلان في الباقي اقول هنا مسئلتان اذا كان الملك للمؤجر طلقا هل يبطل الاجارة بموت احدهما نقول قال المفيد والشيخ في النهاية وسلار الموت يبطل الاجارة وقال الشيخ

في الخلاف الموت يبطلها سواء كان موت الموجر او المستاجر وكذا قال في المبسوط واختاره ابن
حمزة وابن البراج وقال ابن الجنيد ولو مات المستاجر قام معه وارثه مقامه وقال ابو الصلاح
لا تبطل الاجارة بالموت ويقوم وارث كل واحد من المالك والمستاجر مقام مورثه وبه قال
ابن ادريس وهو الاقوى عندي واختاره والدي لنا ان العقد وقع صحيحا فيستصحب حكمه للاصل
ولان العقد مملك فيملك المستاجر المنافع والموجر مال الاجارة فينتقل حق كل الى وارثه للاية احتج
المخالف بان العقد انما اقتضى تسلط المستاجر على ملك الموجر ولا يقتضي تسليط غيره على ملك غيره
وادعى الشيخ في الخلاف اجماع الفرقة على اختياره فيهما ويبطل بما قلناه والاجماع ممنوع
اذا كان الملك للموجر فقط ثم اختاره الموقوف عليه والمصنف قوى هنا انه تبطل بموت الموجر
خاصة لان البطن الثاني انما يتلقى الوقف من الواقف فموت الموجر هو سبب انتهاء مدة استحقاقه
وابتداء ملك غيره لا عنه حتى يتأخر ملك الوارث عن حق المستاجر بل انما استحقه تلك المدة لا غير
اعني مدة حيوته والمصنف قول آخر انه اذا كان ناظرا في الوقف واجره بنظره لم تبطل الاجارة
ولا بطلت والاقوى البطلان في الوقف مطلقا لان استحقاق النظر كاستحقاق المنافع قال
دام ظله ولو كان هو المستاجر فالاقرب الجواز اقول وجه الجواز انه ملك المنافع ملكا
مستقرا فلا يبطل بما يطرأ من ملك الرقبة وان كانت المنافع يتبعها لولا الملك الاول كما انه
اذا ملك ثمرة غير موبرة ثم اشترى الشجرة فانه لا يبطل ملك الثمرة وان كانت تدخل في الشراء لو لم
يملكها اولا ويحتمل انفساخ الاجارة لانه اذا ملك الرقبة حدثت المنافع على ملكه تابعة للرقبة
واذا كانت المنافع مملوكة له لم يبق عقد الاجارة عليها كما لو انه لو كان المانع ثابتا في الابتداء لم يصح
منه الاستيجار كالنكاح فانه كما لا يجوز ان يتزوج امته كذلك لو اشترى زوجته ينفسخ النكاح ولان
الاجارة والملك لا يجتمعان والثاني قد ثبت فينتفي الاول والعكس باطل اجماعا ويمكن الفرق
بين النكاح وما نحن فيه بان الملك الرقبة في النكاح يعلق ملك المنفعة الا ترى ان سيد الامة اذا
زوجها لا يجب عليه تسليمها وان قبض الصداق وفي الاجارة ملك المنفعة يغلب ملك الرقبة فان الموجر
اذا قبض الاجرة يجب عليه تسليم العين وايضا الموجر لم يكن مالكا المنفعة حين العقد فلا نسبة
المنافع ملكا للمشتري بالشراء والسيد مالك للمنفعة بضع الامة المزوجة الا ترى انها لو وطئت

بالشبهة

بالشبهة يكون المهر له لا للزوج فاذا باع سقط منافع البضع المملوكة له رقبتها وملكها الزوج بالشراء ١٥٢
فانفسخ النكاح قال دام ظله ويستقر الضمان على الموجر مع جهل المستاجر وفي الزائد من اجرة المثل
اشكال اقول منشاؤه من انه المباشر ومن انه مغرور والاشكال هنا كما هو في المشتري قال
دام ظله ولو استاجر اجيرا ليخدمه في حوائجه فنفقته على المستاجر الا ان يشترطه على الاجير
فان شاحا في قدره فاقل مطعوم مثله وملبوسه ولو قيل بوجوب النفقة على المالك والنفقة
على الاجير كان وجها اقول الاول قول الشيخ لانه استحق منافعه ملكا المدة والنفقة للبقاء لاستيفاء المنافع
فلا يجب عليه بذل المال ليحصل حق غيره ولانه ملكه المنافع لم يتولى عوض يبذله لتحصيلها ولما رواه سليمان
بن سالم عن الرضا عليه السلم عن رجل استاجر رجلا بنفقة مسماه ولم يفرض شيئا على ان يبعثه الى ارض فما كان
من مؤنة الاجير من غسل الثياب والحمام فعلى من قال على المستاجر والجواب انه محمول على اشتراط
النفقة والثاني قول ابن ادريس للاصل وهو الحق لان الاجارة معاوضة لا يقتضي خارجا عن العوضين
بغير شرط ولانه يتفاوت الرغبات في الاجر باشتراط النفقة وعدمها وتقديرها فيكون جزء من العوض لكنها
مجهولة وجهل الجزء يقتضي جهل الكل ولان النفقة تابعة لملك الرقبة او الحرية فالحاقها على غيرها
تحكم صراح فيه لم يثبت قال دام ظله ولو اجر عبده ثم اعتقه في الاثناء لم تبطل الاجارة
ويجب على العبد ابقاء المنافع باقي المدة فالاقرب عدم رجوعه على مولاه باجرته اقول قال الشيخ
في المبسوط فيه قولان احدهما يرجع باجرة المثل على السيد في تلك المدة والاخر لا يلزمه وهو الصحيح
لانه لا دليل عليه والاصل براءة الذمة ويحتمل الرجوع وعلى ما حكاه الشيخ من قول وجهه انه تمام
نفعه صرفها في مصلحته بعد الحرية ملكية المنافع معلول لملك العين وقد زالت العلة وقد اتلفها
فيضمنها قال دام ظله وفي الاكتفاء بالمشاهدة نظر اقول ينشأ من اختلاف الاصحاب
فان الشيخ رحمه الله ذهب الى الاكتفاء بها للاصل وانتفاء الغرر ومنعه ابن ادريس للغرر والحاصل
ان الغرر الجهل والشيخ نفى الجهل من كل وجه وابن ادريس فسره بالجهل بوجه ما والصحيح الثاني لان
النهي عن الغرر الذي هو المؤدي الى التنازع وهو هنا كذلك ولانه ربما انفسخت الاجارة في بعض المدة فيتعذر
الرجوع بما قال دام ظله انما يصح من الرقيق والمرضعة بجزء من المرتضع الرقيق فالاقرب الجواز
اقول وجه القرب وجود المقتضي وهو العقد وانتفاء المانع للاصل ولان احد الشريكين له ان يساقي صاحبه

وشرط له زيادة من الثمار يجوز وان كان عمله نفع في المشترك ويحتمل عدم الصحة لاستلزامها
العمل في ملكه له بعوض على غيره ولا نصحة للاجارة يستلزم الشي نقيضه لان لزوم الاجارة
حالها يستلزم لزوم الملكية المستلزم لعدم وجوب العمل فيما يخصه لانه عمل في ملكه نفسه اذ
منفعته تعود اليه فلا يستحق للغير وذلك مستلزم لعدم لزوم ملكه المستلزم لعدم لزوم الا
جارة حالها واللازم باطل بالضرورة وكذا الملزوم وهذا مبني على تملك العامل الاجارة بنفس العقد
اما على التقدير الملك بالعمل فلا استحالة قال دام ظله ولو قال ان خطته اليوم فلك درهمان وان
خطته غدا فدرهم احتمل اجرة المثل والمسمى اقول الاول قول ابن ادريس لانه عقد واحد اختلف
فيه العوض بالتقديم والتاخير فلم يصح ولان الاجارة لم توجب شيئا معينا والثاني قول الشيخ في الخلاف
لان الاصل جواز ذلك والمنع يحتاج الى دليل ولقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم وقال
في المبسوط يصح العقد فان خاطه في اليوم الاول كان له الدرهم وان خاطه في الغد كان له اجرة المثل
ان لم يرد على الدرهمين ولم ينقص عن الدرهم والاصح بطلان الاجارة فله اجرة المثل مطلقا قال دام ظله
ولو اجره كل شهر بدرهم ولم يعين او استاجره لنقل الصبرة المجهولة وان كانت مشاهدة كل قفيز
بدرهم او استاجره مدة شهر بدرهم فان زاد فبحسابه فالاقرب البطلان الا الاجر فان الزائد باطل
اقول هنا مسئلتان آ اذا اجر الدار كل شهر بدرهم ولم يعين مجموع المدة اختار شيخنا
المصنف البطلان وهو اختيار ابن ادريس لفقد شرط الصحة فان العلم بقدر المنفعة شرط اجماعا
وهي هنا انما تعلم بالمدة والمدة مجهولة ولا يلزم من مقابلة كل جزء من اجزاء المدة المجهولة بعوض
معلوم صيرورة المدة باجمعها معلومة ولا العوض معلوما وقال الشيخ في النهاية والمبسوط والمفيد
يصح الاجارة في شهر وقال ابن الجنيد ولا باس ان يستاجر الدار كل شهر بكذا وكل يوم بكذا ولا يذكر
نهاية الاجارة احتج الشيخان بان التقدير اجرتك هذا الشهر بدرهم وكذا ما بعده دائما والجواب
المنع من ذلك ب اذا استاجره لحمل صبرة مجهولة القدر مشاهدة كل قفيز بدرهم بطل لجهل العمل
والاجرة وقال الشيخ في المبسوط اذا استاجره لحمل عشرة اقفزة من صبرة مشاهدة كل قفيز بدرهم
صح وكذا اذا قال بعتكها كل قفيز بدرهم صح وفرق بين اجارة الدار كل شهر بدرهم عند من لا يجوز
ذلك بان المدة مجهولة واما هاهنا فالصبرة غير مجهولة لانها معلومة بالمشاهدة ج اذا قال اجرتك

الدار

الدار شهرا بدرهم فان زاد فبحسابه اختار المصنف الصحة في شهر لان المدة والاجرة معلومتان ويحتمل البطلان لانه
شرط شرطا مجهولا والاصح البطلان في الكل قال دام ظله ويجب تسليمها مع شرط التعجيل والا
طلاق وان وقعت الاجارة على عمل ملكها العامل الاجرة بالعقد ايضا لكن لا يجب تسليمها الا بعد العمل
وهل يتوقف تسليمه الاقرب ذلك اقول لانها معاوضة فلا يتحتم تسليم العوض الا بتسليم المعوض
وهذا قول الشيخ في المبسوط وهو الاصح عندي ويحتمل عدمه لانه ملكه بنفس العقد فيجب عليه تسليمه
الى مالكه قال دام ظله ويجوز ان يوجر العين باكثر مما استاجرها وان لم يحدث شيئا مقوما وكان
الجنس واحدا على راي اقول هذا اختيار المصنف وابن ادريس وسلار وحدي وهو الاصح عندي
لوجود المقتضي وهو ملك المنفعة وانتفاء المانع وهو الربا اذ المعاوضة الثانية لم تقع على مال
الاجارة الاول والا لم يصح مطلقا ولرواية ابي المعزا في الحسن عن الصادق عليه السلام في الرجل يستاجر
الارض ثم يواجرها باكثر مما استاجرها فقال لا باس الحديث وقال الشيخان والمرتضى وسلار
والصدوق في المقنع وابو الصلاح وابن البراج في المهذب المنع مع اتحاد الجنس ومع ابن الجنيد معه
في الدور احتج الشيخ بانه ربا وبما رواه الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام في الرجل يستاجر
الدار ثم يوجرها باكثر مما استاجرها قال لا يصلح ذلك الا ان يحدث فيها شيئا وعن ابي بصير قال
قال ابو عبد الله عليه السلام اني لاكره ان استاجر رحا وحدها ثم اوجرها باكثر مما استاجرتها
الا ان يحدث فيها حدثا او يغرم فيها غرامة والجواب المنع من الربا وحمل الاحاديث على الكراهة
قال دام ظله وكذا لو سكن البعض واجر الباقي بالمثل او الزائد وكذا لو تقبل عملا بشيء وقبله لغيره
باقل اقول منع الشيخ رحمه الله من ذلك كله لانه ربا وبالروايتين المتقدمتين في المسئلة السابقة
وبما رواه ابو المعزا في الحسن عن الصادق عليه السلام في حديث ان فضل الحانوت والاجير حرام والحق جوازه
لما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال سالته عن الرجل يتكارى الارض بمائة دينار
ويكري نصفها بخمسة وتسعين دينارا ويعمر هو نصفها قال لا باس ولما تقدم قال دام ظله الثالث
ان يكون المنفعة متقومة فلو استاجر تفاحة للشم او طعاما لتزيين المجالس او الدراهم والدنانير والشمع
كذلك والاشجار للوقوف في ظلها ففي الجواز نظر ينشاء من انتفاء قصد هذه المنافع ولهذا لا تضمن منفعتها
بالغصب اقول لا بد في المنفعة من ان يكون متقومة ليصح بذل المال في مقابلها وان لم يكن كذلك كان

بذل المال سفهًا وتبذيرا فيمنع منه كما منع من شراء ما لا ينتفع به ووجه الجواز فيما ذكرنا انها منافع
قد يحتاج اليها وانما قال بتفاحة لان الصحة في الكثير اظهر لصحة استيجار المسك والرياحين
للشم ومن التفاح ما هو اطيب من كثير من الرياحين اما التفاحة الواحدة فلا يقصد للشم كما
للكثير فيكون استيجارها كشراء الحبة من الحنطة والشعير والاصح عندي البطلان في التفاحة
للشم قال دام ظله اما لو استاجر حرًا ليخفف عليها الثياب وليستظل بها فالوجه الجواز اقول
وجه الجواز دعاء الضرورة اليها وبه قال الشيخ ويحتمل عدمه لان الاصحاب لا يقصدون هذه الاعراض ولعدم
جعل الشارع لها قيمة على الغاصب مع ضمانه المنافع المتقومة والاقوى البطلان قال دام ظله
ولو استاجر الظئر لارضاع الولد مع الحضانة جاز والاقرب جوازه مع عدمها للحاجة اقول يحتمل المنع
لعدم انضباطه ولتناولها الاعيان ولا شيء من الاجارة كذلك والاقوى الجواز وهو مذهب الشيخ الطوسي
في المبسوط لما ذكره ولقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن جعل ذلك مقابلا للارضاع والتحقيق
ان هذا العقد ساوله الفعل وهو جعل الثدي في فم الطفل وكونه مخصوصا بالنسبة اليه واللبن تابع الضرورة
والاية تفهم منها ذلك لانها دلت على الفعل ويتناول اللبن قال دام ظله وهل يتعدى الى
الشاة لارضاع السخلة الاقرب ذلك اقول وجه القرب الحاجة ويحتمل المنع لما تقدم ولعدم جريان
العادة الاول اقوى قال دام ظله وفي جواز استيجار البئر للاستقاء منها اشكال اقول ينشا من
ان الاجارة لا يتناول الاعيان ومن دعاء الضرورة اليه والاقوى الجواز كالحمام قال دام ظله
ولو انهدم مسكن الدار او غرقت الارض او انقطع ماؤها في الاثناء فللمستاجر الفسخ فان بادر المالك الى
الاعادة فلا قرب انه لا يوجب لم يفسخ وبعده فدران الفسخ في حكمها واعلم انه ان يفوت شيء من المنافع على
المستاجر اولا وان كان الاول فله الفسخ قطعا وان لم يفت فهي المسئلة لان النص على ان الانهدام سبب
الخيار والشارع اذا علق حكما بوصف لم يعتبر حصول الحكمة التي هي مظنتها بالفعل فمن ثم جاز
الفسخ ومن حيث انه لم يفت شيء من المنافع التي وقع عليها العقد والاصح الاول قال دام ظله ولو منعه
الموجر من التصرف في العين فالاقرب تخيره بين الفسخ فيطالب بالمسمى وبين الامضاء فيطالب باجرة المثل
اقول قال الشيخ الطوسي يكون كالمتلف للمعقود عليه ووجه القرب انه ملك المنافع والمعقود عليه المالك
تعديا فيجب عليه قيمتها فله اخذ القيمة وهي اجرة المثل ومن حيث انه لم يمكنه مما وقع عليه العقد فله

الفسخ

١٥٤

الفسخ احتج الشيخ بانه لا يعقل وجوب عوض ما اتلفه هو على غيره له لانه يلزم الجمع بين
العوض والمعوض وهو محال والجواب انه يجب عليه قيمته وله المسمى فلم يجمع بين العوض والمعوض
ولهذا مثال في الشرع وهو انه اذا جنى البايع على المبيع بعد القبض ثم افلس المشتري مع بقاء العين
والثمن في ذمته فللبايع الرجوع بالعين وللمشتري على البايع ارش جنايته فهلا سقط منه ارش العيب ارش
معاوضة فقد ضمن المشتري للبايع ارش جنايته فهنا اولى قال دام ظله ولو غصبها اجنبي في قول
ولو ورد التلف في الاثناء استوفى المستاجر المنافع الباقية وطالب الغاصب باجرة مثل الماضي وهل له الفسخ
فيه ومطالبة الموجر نظر اقول هذه المسئلة كمسئلة مضت في البيع وهي انه اذا تلف غاصب اجنبي بعض
المبيع لعبد مع عبدين قبل القبض والكلام هنا في موضعين آ الفسخ وهو مجبر فيه لا ينفسخ العقد
بمجرد ذلك بل له الاجارة فله حينئذ استيفاء المنافع الباقية والرجوع على الغاصب باجرة
مثل الماضي وله الفسخ في الجميع لفوات المعقود عليه قبضه لان المعقود عليه هو المجموع ولم يحصل له الكل
وهل له الفسخ في الماضي خاصة ويستوفي المنافع في الباقي فيه نظر ينشا من تبعيض الصفقة وهو
غير مقتضى العقد ومن اختصاصه بالمقتضي وهو فوات بعض المعقود عليه فله لا في غيره والتبعيض الحاصل
انما التبعيض حصل في يد الموجر ويبطل الضمان ب مطالبة الموجر فانه كان قد قبض فله المطالبة بقسطه
من المسمى وهو جزء منه نسبته اليه كنسبة اجرة الى اجرة الكل وهنا الاشكال فهل له مطالبته
باجرة المثل عن الماضي فيه نظر من حيث انه مضمون في يده فيضمنه بقيمته ومن حيث ان العقد يقتضي
ضمانه بما قبض عنه ولا نسلم انه يقتضي ضمانه بالقيمة والاصل عدمه وهذا كاتلاف بعض المبيع والاصح عندي انه
لا يرجع عليه الا بقسطه من المسمى فعلى هذا لو لم يقبض شيئا من المسمى لم يكن له الرجوع عليه بشيء ويستقر
الضمان على الغاصب قال دام ظله ولو حدث خوف يمنع المستاجر من الاستيفاء كما لو استاجر
جملا للحج فينقطع السابلة فالاقرب تخير كل من الموجر والمستاجر في الفسخ والامضاء اقول
وجه القرب انه قد حدث ما يمنع استيفاء المنافع لان الاحتراز عن الضرر المظنون واجب فكان للمستاجر
الفسخ كما في الغصب قبل قبض المستاجر العين وللموجر ايضا لحفظ عينه ويحتمل عدمه لانه ملك المنافع ولم
يتعذر عقلا استيفاؤها ولان حكم الاجارة معلوم والخوف مظنون فلا يتعارض المعلوم والجواب
عن آ ان الخوف رافع للقدرة الشرعية وعن ب ان وجوب العمل بالظن قطعي حاصل من مقدمتين

قطعسين هما انا لمكلف لما قد حصل له ظن بحصول هذا الامر المخوف وكل من حصل له ظن المخوف
وجب عليه اجتنابه والاولى وجدانية والثانية اجماعية ولقوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة
اتفق الكل على انه ما يظن به الهلاك غير شرعي والاجماع على ان الضرر في مثل هذا الموضع جار مجراه والاقوى
عندي الاول وهو تخيير كل واحد منهما قال دام ظله ولو استاجر دارا للسكنى فحدث خوف
عام يمنع الاقامة بذلك البلد ففي تخيير المستاجر نظر اقول ينشا مما تقدم والاصح هو التخيير والفرق
ان الاول لنادر فالمنع جاء من قبل منفعة المستاجر خاصة قال دام ظله فلو اجر من وجب عليه الحج متمكنه
نفسه للنيابة عن غيره لم يقع وكذا لو اجر نفسه للصلوات الواجبة فاعله فانها لا تقع عن المستاجر وهل
يقع عن الموجر الاقوى العدم اقول حصول المنفعة للمستاجر لازم لصحة الاجارة لا يعقل انفكاكه
عنه والا اجتمع العوضان لواحد فلا يتحقق المعاوضة هذا خلف اذا تقرر ذلك فاذا استاجر انسان غيره
لفعل عبادة لا يقبل النيابة في ذلك الوقت بطلت الاجارة قطعا فهنا مسئلتان آ مستطيع وجب عليه
حج الاسلام واجر نفسه للحج نيابة عن غيره لم يقع للاجارة ب اذا اجر نفسه لغيره للصلاة الواجبة
عليه على الموجر لم يصح الاجارة فاذا اوقعها عن نفسه لم يقع عن المستاجر قطعا وهل يقع عن الموجر
قيل نعم لان الاجارة علة في وجود الداعي الى الصلاة بشرائطها وصفاتها فلا يبطل فان علة الداعي لا تبطل
الفعل كالامر بالمعروف والنهي فانهما علتان للداعي ولا تبطلان الصلاة ولان الاجارة والجعالة
لو نافا الاخلاص لم يصح الصلاة بها عن الميت الاقوى البطلان لان الفعل الواحد لا يكون له غايتان متنا
فيان وغاية الصلاة التقرب والاخلاص لقوله تعالى وما امروا الا ليعبدوا الله مخلصين وهذه
الصيغة للحصر وهو مناف لكون حصول الاجرة غاية لكن تحصل الثاني غاية فينتفي الاول وانتفاء الاخلاص
يوجب بطلان الصلاة والاجماع فرق بين هذه الصورة وبين الاستيجار عن الميت قال دام ظله ولو استاجر
ولي الميت عنه لصلوته الفائتة وجب على الاجير الاتيان بها على ترتيب الفوات فاذا استاجر اجيرين
كل واحد عن سنة جاز لكن يشترط الترتيب بين فعليهما فان اوقعاه دفعة فان علم كل منهما بعقد
الاخر وجب على كل واحد منهما قضاء نصف سنة وان جهلا فكذلك وفي ضمان الولي اشكال اقول
ينشا من ان الغار المفرط بعدم الاعلام ومن ان السبب هما مباشران ولانه استاجرهما للفعل الصحيح
ولم يوقعاه والعلم مقدور والتفريط منهما لان ترك المقدور منسوب الى القادر والاصح الاول لان السبب

عن

هنا اقوى من المباشر لتغريره كمن قدم الى غيره طعاما مغصوبة قال دام ظله وفي جواز الا
ستيجار للاحتطاب والاحتشاش والالتقاط والاحتياز نظر ينشا من وقوع ذلك للموجر
او للمستاجر اقول يبنى ان تملك المباحات هل يحتاج الى النية ام لا والاقوى لا لانه اذا وجد
في خوف لتمسكه شيئا كان له تملكه مع النية قال دام ظله ويصح استيجاره خاصا وهو
الذي يستاجر مدة معينة فلا يجوز له العمل لغيره الا باذنه فان عمل من دون الاذن فالاقرب تخيير
المستاجر بين الفسخ فينفسخ الاجارة وجه القرب انه ملك المنافع التي هي مملوكة له وهو الاصح
قال دام ظله وهل يتناول العقد اللبن ذات الحمل ووضع الثدي في فيه وسعيه اللبن كالصبغ
في الصباغة وماء البئر في الدلو الاقرب الاول لاستحقاق الاجرة بانفراده دون البواقي بانفرادها
وانه رخصة سوغت تناول الاعيان اقول يحتمل الثاني لان الاجارة موضوعة لاستحقاق المنافع
فان استحق بها عين فللضرورة فهي تابعة ولقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن
علق الاجارة بفعل الارضاع لا باللبن وفائدة هذا انه لو انقطع اللبن طول المدة فعلى الاول ينفسخ
وعلى الثاني وهي ان الاجارة وقعت على المنافع والاعيان تقع تابعة ويتخير المستاجر لان انقطاع اللبن
عيب ولو قيل بان المعقود عليه كلاهما لانهما جميعا مقصودان لكان حسنا فينفسخ العقد في
الارضاع ويسقط قسطه من الاجرة ويتخير لتفرق الصفقة وانما رخص في تناول الاجارة العين
ولا يجب على ربها بذلها مجانا والبيع لها ممتنع ويلزم الانتفاع بهذه العين المقصودة لوازم مضبوطة
هي منافع فجعل الشارع الاجارة مساوية لهذه الاعيان ولان الاجارة يتناول منافع معدومة
فقد سومح فيها ما لا يسامح في غيرها فلهذا عدل اليها قال دام ظله فان سقيه لبن الغنم لم
يستحق اجرا ولو دفعه الى خادم متهما فالاقرب ذلك ايضا اقول وجه القرب ان المقصود ارضاع
ويختلف باختلاف المرضعات ويحمل مطلقه على المباشرة ولم يفعل المعقود عليه ويحتمل استحقاق
الاجرة لوجود الارضاع ولان اللبن تابع لما تقدم والاصح عدم الاستحقاق اما المسمى فلان المعقود
عليه فعلها مباشرة واما اجرة المثل فلانها متبرعة به قال دام ظله فان مات المرتضع او المرضعة
بطلت الاجارة ان كانت معينه ولو كانت مضمونة فالاقرب اخراج المثل من تركتها اقول وجه
القرب انه استحق هذه المنافع عليها وقد تعذر استيفاؤها فيجب قيمتها وهي اجرة المثل وهو

والمطالبة باجرة المثل والمسمى الثاني له او للمستاجر اقوال على قول الشيخ صح

المستاجر مر

الاعيان مثلا ان الضرع اللازمة الى عوده مر

الاصح عندي ويحتمل انفساخ الاجارة اما في موت المرتضع فلانه تعذر استيفاء المعقود
عليه لانه لا يمكن اقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم
فانه قد يدر على احد الولدين دون الاخر وكان كانهدام الدار واما المرضعة فلما قلنا من
احتمال انصراف الاطلاق اليها وقال محمد بن ادريس تبطل بموت المرتضع او المرضعة او الاب لانه المستاجر
وقد اختار في موضع اخر من كتابه ان موت المستاجر مبطل للاجاره قال دام ظله ويكره في
العمل بسماه ولو اختلف فالاقرب وجوب اشتراط الجوده وعدمها اقول وجه القرب اختلاف الاعراض
والاجر باختلافه فتركه غرر ومن استحقاق المسمى وهو معلوم والتحقيق ان هذه المسئلة راجعة الى الاختلاف
بالاشتداد والضعف في سببه وقد اختلف الناس على ثلثة اقوال آ انه اختلاف بالنوع وهو التحقيق ب انه
باعتبار اجتماع الامثال ج انه باعتبار اجتماع الاضداد فعلى الاول يجب اشتراط الجودة وعدمها و
هذا اختاره المصنف وعلى الباقيين لا يشترط فعلى الثاني يجب مسمى العمل وعلى الثالث لا يكون الضد
كالنوى في التمر وتراب المعادة والشعير في الحنطة فيحمل على الجيد والاصح عندي ما جعله المصنف
اقرب قال دام ظله ولو مرض الاجير فان كانت مضمونة لم تبطل والزم بالاستيجار للعمل وان
كانت معينة بطلت وكذا لو مات ولو اختلف العمل باختلاف الاعيان فالاقرب انه كالمعينة مثل
النسخ لاختلاف الاعراض باختلاف الاعيان اقول الصحيح ما ذكره المصنف فان الغرض لا يحصل من
غير الناسخ فانه مما لو اسلم اليه في نوع فسلم اليه غيره ويحتمل عدمه لانه ثبت في ذمته الفسخ مطلقا والاصح
الاول للتعيين كلما يختلف الاعراض وخصوصا الناسخ معتبر لاختلافهم في الجودة والصحة قال دام ظله
ولو بسط اجر عشر قامات على خمسة وخمسين جزءا فما اصاب واحدا فهو الاولى واثنين للثانية
وهكذا فان عمل بها احتمل تعديه فيقسم الخمسة على خمسة عشر اقول روى الشيخ في النهاية عن ابي شعيب
المحاملي عن الرفاعي قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل قبل رجلا يحفر له بيرا عشر قامات بعشرة دراهم
فحفر له قامة ثم عجز قال يقسم عشرة خمسة وخمسين جزءا فما اصاب واحدا فهو للقامة الاولى والاثنين
الاثنين للثنتين والثلثه وابن ادريس الى تقسيط المسمى على اجرة المثل وهو الاقوى عندي ويحمل الرواية
على انه استاجره لاستيفاء التراب المحفور غيره والضابط فيما اذا اردنا ان نعلم من عدد او مبدا عدد
الى عدد متكرر كم يكون ان نضرب ذلك العدد في نفسه ونزيد عليه جذره فما بلغ نصفه فالنصف

هو

١٤١

هو المطلوب مثاله اذا اردنا ان نعلم من واحد الى عشرة مكررا ضربت العشرة في نفسها تبلغ
مايه وتزيد عشرة على المجموع ونصفه فصار خمسه وخمسين وهو المطلوب او يقول تزيد على العشره واحدا
وتضرب نصف العشرة في المجموع صار ايضا خمسة وخمسين ولو عملنا بالرواية هل يتعدى في غيره
فيقسم الخمسة على خمسة عشر فيه اشكال ينشا من عدم النص ووجود العلة قال دام ظله
وعلى تعليم القرآن الاصح الوجوب فيقدره بالعمل فيعدد السور او بالزمان على اشكال ينشا من تفاوت
السور في سهولة الحفظ اقول ومن اطلاق الاصحاب قال دام ظله ولو استقل بتلاوة الآية لقنه
غيرها فنسي الاولى ففي وجوب اعادة التعليم نظر اقول ينشا من انه لا يصدق تعلم السورة اي
حفظها الا بحفظ آياتها مجتمعة في القوة الحافظة لان السورة هي جملة الايات وانما وقع العقد على
المجموع ووجوب الاجزاء بالتبعية ومن انه قد تعلم هذه الآية فيسقط عنه تعليمها فاذا نسيها لم
تجب اعادة التعليم لان الاجارة لا يقتضي التكرار والتحقيق ان هذه المسئلة مبنية على مسئلتين آ ان النسيان
هل هو مقدور ام لا ذهب الجبائيان الى الاول لانه عندهم ضد العلم والعلم مقدور وكلما كان احد
الضدين مقدورا كان الاخر مقدورا وذهب القاضي عبد الجبار وابو اسحق الى انه غير مقدور لانه
عدم والعدم غير مقدور فعلى الاول لا يجب الاعادة لانه بسبب المستاجر وعلى الثاني يبتني على ب وهي
انه هل السورة عبارة عن مجموع الايات مع الهيئة الاجتماعية او لا معها فان كان الاول وجب الاعاده
وان كان الثاني لم يجب لان الجزء اذا لم يشترط في صحته اجتماعه مع باقي الاجزاء اجزا والاقوى عندي انه
ان امكنه لم يكن بتفريط المستاجر وجبت الاعادة لان الواجب هو فعل ما يوجب الحفظ عاده
قال دام ظله وهل يجوز على تعليم الفقه الوجه المنع مع الوجوب والجواز لا معه اقول البحث
هنا في موضعين آ من حيث الفرضية ووجه القرب انه اذا تعين التعليم عليه كان من الواجبات المعينه
فلا يجوز ان ياخذ الاجر عليها ولانه كلما هو في مقابلة عوض لم يلزمه فعله عند عدم وصول العوض
والا لم يكن معاوضة ولم يكن العوض عوضا عوضا ويلزمه كلما يلزمه فعله على تقدير عدم وصول
العوض فلا يكون في مقابلة عوض لكن هذا كذلك لانه قد تعين عليه فلا يصح الاجاره ومع عدمه يجوز
لوجود المقتضي وانتفاء المانع اما الاول فلانه فعل مقصود واما الثاني فلانه لا مانع الا وجوبه على الكفاية
ولا يصلح للمانعية لان جميع الصنائع واجبة على الكفاية فان كل ما به ينتظم امور النوع واجب على الكفاية

والحق عندی ان کل واجب علی شخص معین لا یجوز للمکلف اخذ الاجرة علیه والذی علی الکفایة
فان کان لو اوقعه بغیر نیة لم یصح ولم یزل الوجوب لا یجوز اخذ الاجرة علیه لانه عبادة محضة
وقال تعالی وما امروا الا لیعبدوا الله مخلصین حصر غرض الامر فی انحصار غایة الفعل فی الاخلاص
وما یفعل بالعوض لا یکون کذلک فلا یصح وغیر ذلک یجوز اخذ الاجرة علیه الا ما نص الشارع علی تحریمه
کالاذان ب فی العمل وضبطه فیقول الفقه هو العلم بالاحکام الشرعیة الفرعیة المکتسبة
عن ادلتها التفصیلیة بالاستدلال فاما الاستیجار للتدریس فیه فیعین المدة لا من یتعلم وما یتعلم
فالاصلح للصحة وجازت الجهالة للحاجة کالجهاد ویحتمل العدم لعدم الضبط واما ان تستاجر مع
تعیین من یتعلم او ما یتعلم فلا بد من ضبط المسائل التی یعلمها قال دام ظله والاقرب جواز اشتراط
الاجر علی البناء اقول وجه القرب اصالة الجواز ولانه استاجر البناء علی البناء وهو عمل وشرط علیه
شیئا آخر لا ینافی الکتاب والسنة ولقوله علیه السلم المؤمنون عند شروطهم ومن حیث
ان الاجارة لا یتناول الاعیان والاصح الصحة قال دام ظله ولو شرط الدواء علی الکحال فالاقرب
الجواز اقول وجه القرب انه شرط لا یخالف الکتاب والسنة ولما تقدم فی اشتراط الاجر ومن حیث لا یتناول
الاعیان والفرق بینه وبین الکحال العادة قال دام ظله ولو قدر الرعی بالعمل افتقر الی تعیین الماشیة
فتبطل بموتها ویحتمل عدمه لانها لیست المعقود علیها وانما یستوفی المنفعة بها اقول التقدیر بالعمل
فی الرعی بان یستاجره للرعی مدة معینة او یرعی علف هذه الارض المشاهدة المعینة بدوابه فهل یفتقر
الی تعیین الدواب التی یرعاها ام لا قال شیخنا یفتقر وهو الاصح لاختلاف العمل باختلافها فی الکثرة
وعدمه والصعوبة والسهولة وکلما یختلف به یجب تعیینه وقال الشیخ فی المبسوط لا یجب
تعیین لا فی العدد ولا الشخص بل له ان یرعیه القدر الذی یرعاه مثله فی العادة ویتفرع علی ذلک انه لو دفع
الیه دواب فماتت فان قلنا التعیین شرط وعینه بطلت الاجارة لانها ساوت تعیینا مخصوصة وقد تلفت
فلا یتعدی الی غیرها والا لم یتعین بالتعیین فلا یشترط التعیین لکنه شرط لما قبلنا قوله ویحتمل
عدمه ای عدم اشتراط التعیین هنا کما ذهب الیه الشیخ الطوسی رحمه الله لانها آلة یستوفی بها المنفعة
فکانت کالقدوم فی النجارة والآلة قطع الحبل فعلی هذا لا تبطل بموت ما دفعه الیه من الدواب مما
لو عقد علی ان یرعی هذه الدواب المعینة فهلکت بطلت الاجارة اجماعا قال دام ظله ولا یحل

الحوامیش

الحوامیش والمحاتی فی الخلاق والبقر والابل عرفا علی اشکال اقول منشاؤه من تعارض النقل والمجاز فانه
فی العرف لا یستعمل فیهما غالبا وهو من تعارض المجاز العرفی الغالب الذی لم یبلغ الی حد الحقیقة و
الحقیقة اللغویة التی قل استعمالها ولم یبلغ الی حد المجاز العرفی قال دام ظله وفی الاکتفاء
بوصفه فی الضخامة والنحافة بالعرف او الوزن تخمینا نظر اقول معرفة الراکب شرط فی اجارة
الدواب للرکوب وطرقها ثلثة آ رؤیة الراکب ب مشاهدة وتکفی اجماعا ج وصفه فقیل یکفی و
صفته بالضخامة والنحافة لیعرف وزنه تخمینا للاکتفاء بها عادة ولانه لولاه لزم الحرج وقیل
الوصف التام کالمشاهدة فی التخمین وهو الاصح عندی وقیل لا یکفی الوصف لان الغرض یتعلق بثقل
الراکب وخفته وضخامته ونحافته وکثرة حرکاته وسکناته والوصف لا یفید ذلک فیکون
غررا فلا یصح قال دام ظله ولا بد من مشاهدة الدولاب لاختلاف العمل لو زرع بماء وعطشه
ولو کان یسقی الماشیة فالاقرب الجواز للقرب للتفاوت اقول ویحتمل عدمه للجهالة والاصح عندی
الجواز قال دام ظله وتعیین المنفعة للزرع او الغرس او البناء فان اجرها لینتفع وضع لتملک
المنافع ای شیء شاء صح فیهما ولا طلاق روایة محمد بن الحسن الصفار عن الحسن بن موسی الخشاب عن غیاث
بن کلوب عن اسحاق بن عمار عن جعفر عن ابیه علیه السلم ان اباه کان یقول لا باس ان یستاجر الرجل الدار
والارض او السفینة ثم یواجرها باکثر مما استاجرها به اذا اصلح فیها شیئا ولم یشترط التعیین وقیل
وجوب التعیین او النص علی التعمیم والا لزم الغرر والاصح الاول قال دام ظله ولو قال
للزرع او الغرس بطل لانه لم یعین احدهما ولو استاجر لهما صح واقتضی التنصیف ویحتمل التخییر اقول
وجه الاول انه استاجرها للمنفعتین فیشترکا مع الاطلاق ویحمل علی التساوی لاستحالة الترجیح
من غیر مرجح فعلی هذا له ان یزرع الکل لان له العدول من الغرس الی الزرع لا العکس ووجه الثانی انه
ملک المنفعتین فی کل جزء فیتخیر والاقوی الاول قال دام ظله ولا خیار للمستاجر الا ان یتعذر الزرع
بسبب الغرق او انقطاع الماء او قلته بحیث لا یکفی الزرع او یفسد الارض فیتخیر فی الامضاء بالجمیع
ویحتمل بما بعد الارش اقول وجه الاول ان الاجازة هو تقریر للعقد الاول علی ما بقی من المنافع
کانه کل المنافع ووجه الثانی ان الاجازة تقریر للعقد الاول ومقتضاه مقابلة الاجرة لجمیع
المنافع وهو یقتضی مقابلة کل جزء منه فی مقابلة کل منفعة منها ویلزم سقوط ما سقط عوضه

[illegible]

بعد ما سار فالاقرب الجواز
اقول وجه القرب الاصل
ولان الاجارة عقد لازم

وهو الاصح واعلم ان الارش هنا هو ارش المعاوضة وهو جزء من المسمى نسبته اليه كنسبة نقص الاجرة
عن المنافع الناقصة عن اجرة كمال المنافع قال دام ظله وللمالك منعه من زرع ما يبقى بعد
المدة على اشكال اقول يحتمل عدمه لانه يملك المنافع هذه المدة وهو الاصح وذهب الشيخ في المبسوط
الى ان المالك يملك منعه لاحتياجه الى المطالبة بالقلع والزرع بابتغى ملكه مثل ذلك بشئ فجعل له المنع
في الحال حتى يتخلص من ذلك كله قال رحمه الله فان زرع لم يكن له ان يطالب بالقلع في الحال لان له حق
الانتفاع بالارض في تلك المدة بالزراعة فهو مسبوق بمنفعته فلم يمنع من ذلك فان انقضت كان له ان يطالب
بالقلع لان صاحب الارض لم ياذن له في ذلك فهو في معنى الغاصب ولانه لو لم يملك منعه لوجب بقاؤه فيلزم
قهر الغير على ملكه فيملك منعه فيلزم من عدم الملك الملك والجواب المنع من الملازمة قال دام
ظله ولو استاجر مدة لزرع لا يكمل فيها فان شرط نقله بعد المدة لزم وان اطلق احتمل الصحة مطلقا
وتقييده بامكان الانتفاع فعلى الاول احتمل وجوب الابقاء بالاجرة اقول وجه الاول وجود المقتضي
لصدور الايجاب والقبول بالصيغة المعتبرة شرعا من مالكيهما الجائزي التصرف والمدة مضبوطة
يمكن استيفاء منافعها وانتفاء المانع اذ ليس هنا الا جواز القلع بعدها فلا يحصل الانتفاع وهذا
لا يصلح للمانعية اذ ليس القلع بمستلزم لجواز الابقاء بالاجرة شرعا او صلحا وعلم حصول استمرار الانتفاع
الى اخر المدة ليس بشرط في صحة الاجارة بل مع انتفاء الخيار وليس بحثنا فيه والا لم يصح اجارة اصلا
ووجه الثاني انه لولا امكان الانتفاع لكان قد استاجر عينا خالية عن المنافع فتبطل لانه اولى من
بطلان بيع عين لا ينتفع بها لان الاجارة تمليك المنافع واذا لم يكن منافع لم تصح واما مع تحقق
الانتفاع وكما لو حصل فضيل فيها فلوجود المقتضي وانتفاء المانع ووجه وجوب الابقاء انه زرع
وضع بحق فلا يقلع قبل ادراكه ولان عدم وجوب الابقاء يستلزم عدم ملكية المستاجر منفعة متقومة
مطلوبة بالاجارة فلا يصح ويحتمل عدمه والاصح شرط الابقاء بعد المدة لانه تصريح بمقتضى الا
طلاق وهو يقتضي تكميل العقد فلا يصح والاصح وجوب الابقاء باجرة المثل لانه جمع بين الحقين
لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق واتفق الاصوليون على حجية دلالة المفهوم في هذا الحديث
والملازمة ممنوعة قال دام ظله ولو استاجرها للغرس سنة صح ان يغرس قبل الانقضاء فان شرط
القلع بعد المدة او لم يشترط جاز القلع والارش على احدهما ويحتمل مع عدم الشرط منع المالك من القلع

لا العادس

١٥٨

لا العادة اقول وجه الاحتمال انه وضع باذنه فهو عرق محترم ولقول النبي عليه السلام ليس لعرق
ظالم حق ومفهومه انما ليس لظالم الحق وهذا ليس بظالم ويحتمل عدمه والا لجاز اشتراطه في الاجارة
فيتخير ولانه لا يقدر المدة في الاجارة يقتضي التفريغ عند انقضائها ولهم لم يكن له فائدة وهو الاصح
الفصل الثالث في الاحكام قال دام ظله واذا نمت الاجرة المعينة في يد المستاجر
فالنماء له ان كان منفصلا فان انفسخت الاجارة ففي التبعية اشكال الخلاف المتصلة وظهور
البطلان فانها تابعة فيهما اقول ينشأ من انه نماء على ملكه ومن انه تابع للاصل ولا يكون ملكه
اقوى من ملكه وملك الاصل كان متزلزلا فكذا الفرع والاقوى الاول قال دام ظله والاقرب عدم
اجبار الخيوط على الخياط ومن انه تابع للاصل ولا يكون ملكه اقوى من ملكه وملك الاصل كان متزلزلا فكذا
الفرع والاقوى الاول قال دام ظله والاقرب عدم ايجاب الخيوط على الخياط اقول وجه الاقرب
انها اعيان والاجارة انما تتناول المنافع ويحتمل ايجابها عليه حملا للاطلاق على العادة والاقوى الاول
قال دام ظله واستيجار كل من الحضانة والرضاع لا يستتبع الاخر فان ضمهما فانقطع اللبن
احتمل الفسخ لانه المقصود والتقسيط والخيار اقول الحضانة هنا غير التي وهي هنا عبارة عن
حفظ الصبي وتعهده بغسله وغسل راسه وثيابه وخرقه وتطهيره من النجاسات وتكحيله واضجاعه
في المهد وربطه وتحريكه في المهد لينام وحمله ووجه احتمال الفسخ ان جعل العوض في مقابلة شيئين
قد فات احدهما فيسقط قسطه ولانهما جميعا مقصودان ووجه الاحتمال الاخر ان الاجارة لا
تتناول الاعيان الا بالتبعية لان الاجارة وضعت للمنافع فالاعيان تقع تابعة فهي بمنزلة الصفات
المكملة للمقصود ففقدها عيب فيتخير في الفسخ والامضاء بالجميع لان التابع لا يقابله جزء من
العوض والاقوى الاول قال دام ظله وفي ايجاب الحبر على الناسخ والكش على الملقح والصبغ على
الصباغ اشكال اقول ينشأ من العادة ومن ان الاجارة لا تتناول الاعيان والاقوى الثاني قال
دام ظله ولو استاجر ارضا للزرع ولها شرب معلوم والعادة تقتضي التبعية دخل ولولا
العادة بان تستاجر مرة الارض منفردة وتارة معه احتمل التبعية وعدمها اقول
ان الزراعة مفتقرة اليه فالاجارة للزراعة كشرط الشرب والا لا تستفاد لفائدة ا
الثاني الاقتصار على موجب اللفظ وانما يراد عليه العرف مطرد وليس والاصح الاول

ويمنع الثوب المستاجر وقت القيلولة ويجوز الارتداء به على اشكال دون الاتزار اقول ينشا
من انصراف العقد الى اللبس المعهود لانصراف اللفظ الى الحقيقة العرفية ومن انه ملك منافعه ولابد
اخف من ملك منفعة ملك الاخف منها والاتزار لا يجوز لانه اضر قال دام ظله ولو ضمنه الموجر لم يصح
فان شرطه في العقد فالاقرب بطلان العقد اقول هذا كما ذكر في بطلان الشرط في البيع وقد مر قال
دام ظله فاذا تعدى بالدابة المسافة المشترطة او حملها الازيد ضمنها كلها بقيمتها وقت العدوان
ويحتمل اعلى القيم من حين العدوان الى التلف اقول وجه الاول انه وقت الضمان وهو الاصح ووجه
الثاني انه كالغاصب ولان نقصان القيمة السوقية انما لم تضمن مع رد العين قال دام ظله
ولو سلك بالدابة الاشق من الطريق المشترط ضمن وعليه المسمى والتفاوت بين الاجرتين ويحتمل اجرة المثل
وكذا لو شرط حمل قطن فحمل بوزنه حديدا اقول وجه الاول انه استوفى المنافع المعقود عليها
وزيادة فان القصد الوصول الى الغاية وقطع المسافة التي بين المبدأ وبينها وشرط الاسهل فحصل
الاشق فاشتركا في قطع المسافة وزاد هذا المشقة ووجه الثاني ان الزيادة غير متميزة وهو متعد
بالجميع لانه لرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق كلها قال دام ظله ولو استاجره لحياكة عشرة
في عشرة في عرض ذراع فنسجه زائدا في الطول او العرض فلا اجرة له عن الزيادة وعليه ضمان نقص المنسوج
فيها فان كان حاكه زائدا في الطول خاصة فله المسمى وان زاد فيهما او في العرض احتمل عدم الاجرة
للمخالفة والمسمى وكذا لو نقص فيهما لكن هنا لو اوجبنا اسقط بنسبة الناقص اقول وجه الثاني
انه اتى بالمشترط وزيادة ولانه اما ان يستحق للاجرة بعدم الزيادة خاصة وهو محال بالضرورة او بمجرد
العمل وهو المطلوب او بهما وهو محال ايضا والجواب انه انما يستحق بالعمل بشرط عدم الزيادة
وهو الاصح قال دام ظله ولو قال اقطعه قميص رجل فقطعه قميص امراة احتمل ضمان ما بينه
… مقطوعا وما بين القطعين اقول وجه الاول انه متعد بهذا القطع ولم يحصل
… [و]جه الثاني انه اذن في قطعه قميص رجل فقد اذن في القطع المطلق وقد … بهذا
… [الا]خر فضمن تفاوت ما بين القطعين والاصح الاول لان القطع الماذون فيه لم
… انه منهي عنه وكلما نهي عنه من التصرفات في مال الغير فانه [illegible]
… ولا يستحق الاجر حتى يسلمه مفروغا فلو تلفت العين من غير تفريط بعد

العمل

159

العمل لم يستحق اجرة على اشكال اقول من حيث انها معاوضة تقتضي حصول العوضين معا
ولم يحصل احدهما فلا يحصل الاجر ومن حيث انه استاجر على العمل وقد عمل والاقوى الاول
قال دام ظله ولو اخذ البراءة ففي الضمان اشكال اقول اذا قطع سلعة صبي او بالغ وابراه
الولي والبالغ مما يحصل من سراية القطع قبله فهل يؤثر الابراء في عدم ضمانه ام لا قال المصنف فيه اشكال
ومنشاؤه من ان الابراء مما لم يجب لا يصح ومن ان الضرورة ولقول امير المؤمنين عليه السلام من تطبب
او تبيطر فليأخذ البراءة من وليه والا فهو ضامن قال دام ظله ولو سلم الى الموجر وقال انه قفيز
وكذب فتلفت الدابة بالحمل ضمن النصف ويحتمل بالنسبة اقول اذا استاجره لحمل قفيز الى مكان
معين باجرة مقدرة معلومة ثم سلم اليه المستاجر قدرا وقال له انه قفيز وكذب في اخباره وكان
المدفوع قفيزين مثلا وتلفت الدابة بالحمل احتمل ضمان النصف واحتمل التقسيط على الاصل والزيادة
ووجه الاول ان التلف عن تغريره ومباشرة الموجر ولانها تلفت بسبب مضمون وغيره فكان كما لو جرح
نفسه جراحات وجرحه غيره جراحة واحدة او بالعكس ووجه الثاني ان كل قفيز مؤثر في التلف مثل
الاخر فقسمت القيمة على الجميع لامتناع ان يحصل لشان مؤثر ان يضعف تاثير الواحد قطعا او مقابله لواحد
بخلاف الجراحات التي لا ينضبط نكايتها قال دام ظله ولو استاجره للقصاص ثم عفا سقط
القصاص ولا اجرة فان اقتص الاجير مع العلم ضمن ولا معه فيستقر الضمان على المستاجر ان تمكن
من الاعلام والا فاشكال اقول ينشا من المباشرة والغرور وايضا المستاجر لم يوجد منه الا
الاستيجار للقصاص والعفو وعدم الاعلام والاولان مباحان والثالث غير مقدور فلا يكلف
به لاستحالة تكليف ما لا يطاق واذا كان السبب مباحا فعله للمكلف باصل الشرع لا يتعقب
الضمان والموجر فعل القتل وهو مباح له لاستحالة تكليف الغافل لكن هذه الاباحة حصلت بالجهل
والغفلة لا باصل الشرع ومثل هذه لا يسقط الضمان في قتل المعصوم الدم بخلاف اباحة اسباب المستاجر
فانها اباحة اصلية شرعية فكان الموجر اقوى ومن ان هذه الاباحة في الحقيقة مستندة الى المستاجر
وهو علتها فكان اقوى من المباشر لان فعله اقوى وهو الصحيح قال دام ظله ولو اختلفا في
المدة فقال اجرتك سنة بدينار فقال بل سنتين بدينارين فالقول قول المالك مع يمينه ولو قال بل سنة
بدينارين فهنا قد اختلفا في قدر العوض والمدة فالاقرب التحالف فاذا تحالفا قبل مضي شيء من المدة

فسخ العقدان ورجع كل منهما في ماله وان رضي احدهما بما حلف عليه الآخر اقر العقد
وان كان بعد المدة او شيء منها سقط المسمى ووجب اجر المثل ما لم يزد عما يدعيه المالك او ينقص
عما يدعيه المستاجر ويحتمل مع التحالف استحقاق المنافع سنة بالنسبة من الدينار اقول
وجه القرب ان كل واحد منهما مدع ومنكر ويحتمل تقديم المالك لان المستاجر قد اقر باستحقاق
الدينار وهو يدعي كونه في مقابلة سنتين واستحقاق السنة الزائدة والمالك ينفيهما فكان
القول قوله مع اليمين وهذا قول ابن ادريس وقال الشيخ في باب المزارعة يستعمل القرعة ووجه
احتمال استحقاق المنافع سنة بالنسبة من الدينار اتفاقهما على استحقاق المستاجر
منافع السنة والمالك يدعي الزيادة على النسبة من الدينار واقرار العقلاء على انفسهم جائز والقول
قول المنكر مع اليمين فلذلك حكمنا على الموجر باستحقاق المستاجر المنافع سنة وعدم ثبوت
الزيادة على نسبتها من الدينار قال دام ظله ولو اختلفا في وقت الهلاك والاباق والمرض فالقول
القول قول المستاجر لان الاصل عدم العمل ان قدره وقلنا يملك بالعمل والا فاشكال وان قدر بالزمان
قدم قول المالك اقول على القول بان الموجر يملك الاجرة ملكا تاما مستقرا بتسليم العين
الموضوعة للعمل لا بمجرد العمل لكن له مدخل في تملك الاجرة لاستقرار التمليك باعتبار اذا اختلف
المتواجران في وقت الهلاك فقال المستاجر ان الهلاك في وقت كذا وهو قبل العمل او قبل القبض
وقال الموجر وقت كذا وهو بعدهما احتمل تقديم قول المستاجر لان الاصل عدم العمل ولانه منكر
وجوب العوض ولم يعترف بوجود السبب التام ويحتمل تقديم قول الموجر وهو ما ذكره العبد والدابة
لان المستاجر يدعي تقديم الهلاك والاباق على القبض والاصل قال دام ظله ولو قال امرتك
بقطعه قباء فقال بل قميصا قدم قول المالك على راي اقول هذا اختيار الشيخ في كتاب الاجارة من
الخلاف وابن ادريس لان الاصل عدم الاذن الذي يدعيه الخياط ولانه احدث فيه نقصا وهو يدعي
انه مأذون فيه والاصل عدمه ولانهما لو اختلفا في اصل الاذن كان القول قول المالك فكذا اذا اختلفا
في صفته لان عدم الموصوف علة لعدم الصفة وقال الشيخ في كتاب الوكالة من الخلاف القول قول
الخياط لان الاصل عدم تفريطه والاصح الاول قال دام ظله ولو كانت الخيوط للخياط فعلى احدهما نظر
اقربه ذلك اقول مبنى هذه المسألة ان الخيوط على الخياط في استيجاره للخياطة مطلقا وقد تقدم

الكلام

١٨٠

الكلام فيها وقرره المصنف والاصح عندي ويحتمل ضعيفا منعه لانه قد يكون نفعها مستحقة
للمالك والاجرة مستحقة له والمالك هنا لم يمنعه للاجرة فلا مقابلة للظلم بالظلم وليس بجيد لان اخذ العو
ض عن ذا منعه من هو عليه لم يستحق احدا الآخر فلما حلف المالك تعذر اخذ الاجرة فانه يفسخ في الخيوط
قال دام ظله ولو قال اجرتك كل شهر بدرهم من غير تعيين فقال بل سنة بدينار ففي تقديم قول المستاجر
نظر اقول ينشأ من انه يدعي الصحة والمالك يدعي البطلان فيقدم قول مدعي الصحة واصالة عدم
اجارة سنة والاصل في ذلك انه اذا ادعى مدعي الصحة الصحة بزيادة يتضمنها والاصل عدمها هل يكون
القول قوله لاطلاق الاصحاب ام لا لاصالة العدم الاولى الثاني فيتعارضان فيقدم قول نافي الزيادة
وانما يقدم قول مدعي الصحة قطعا فيما لم تشتمل الصحة على الزيادة كما اذا ادعى احدهما اجارة كل
شهر بدينار وادعى الآخر اجارة شهر واحد معين بدينار قال دام ظله فان قدمنا قول المالك
فالاقوى صحة العقد في الشهر الاول هنا اقول هذا اذا كان قسط هذا الشهر درهما ووجه القوة
اتفاقهما على وقوع الاجارة في الشهر الاول بدرهم لكن احدهما يدعي وقوعه على وجه مبطل والآخر يدعي وقوعه
على وجه يصح وكان القول قول الآخر ويحتمل ضعيفا البطلان لانه مقتضى قول المالك وقد قدمناه كما
تقدم والاصح عندي الاول لا يقال انهما لم يتفقا على صحة الاجارة في الشهر الاول بل انما تصح على
قول المستاجر وتبطل على قول الموجر وانقطع بثبوته في الشهر الاول لا وجه له لانا نقول هذا الكلام
لا وجه له والغلط نشأ من عدم تحرير المبحث فان البحث انما هو فيما اذا اتفقا على وقوع عقد وعلى تناوله شيئا
معينا ولو ضمنا من زمان او غيره ثم اختلفا في صحة العقد وبطلانه فان لم يشتمل دعوى الصحة على زيادة
الاصل عدمها وكان المتفق عليه كل المراد كان القول قول مدعي الصحة اجماعا وان اشتملت على زيادة
الاصل عدمها وكان المتفق بعض المراد ففيه البحث فالمسألة الاولى تقدمت وهذه المسألة الثانية
فيحتمل الصحة فيما اتفقا عليه لا في الزيادة بمعنى تقديم قول مدعي الصحة فيه لوجود المقتضي
وهو اتفاقهما على وقوع عقد وعلى تناوله للشهر الاول وعدم المانع فيه لان نفي الزيادة التي ادعاها
لا يقتضي البطلان فيه ويحتمل تقديم قول المالك في فسخ العقد المقتضي لذلك لانه منكر وسبب الاشتباه انهم
قالوا انه يقدم قول مدعي الصحة فيما اتفقا على تناول العقد اياه فتوهم قوم انهما اتفقا على صحته قال
دام ظله وكذا الاشكال في تقديم قول المستاجر لو ادعى اجرة مدة معلومة او عوضا معينا وانكر

المالك لتعيين فيهما والاقوى التقديم فيما لم يتضمن دعوى اقول وجه القوة انه مع تضمن الدعوى
الزائد يكون على خلاف الاصل ويكون الآخر منكرا فيلزم من تقديمه قول الاحتياج تقديم المرجوح وهو
خلاف الاصل على الراجح وهو باطل ويحتمل التقديم مطلقا لعموم الاصل المتقدم وهو تقديم مدعي
الصحة للشافعي في المزارعة قال دام ظله ولا بد فيها من ايجاب كقوله زارعتك او عاملتك
او ازرع هذه الارض على اشكال اقول من حيث ان الشارع لم يضع للانشاء الا صيغة الماضي
ومن دلالة على المقصود وجواز حمل العوض على العمل هاهنا اولى ولما روى الحسن بن محبوب عن خالد بن جرير
عن ابي الربيع الشامي عن ابي عبد الله عليه السلام انه سئل عن رجل يزرع ارض رجل فيشترط عليه ثلثا للبذر وثلثا
للبقر فقال لا ينبغي ان يسمي بذرا ولا بقرا ولكن يقول لصاحب الارض ازارعك في ارضك ولك منها كذا وكذا
نصف او ثلث او ما كان من شرط الحديث فاذا جاز العقد بهذه الصيغة فجواز الايجاب بالامر اولى



وعن الحسين بن سعيد عن النضر بن سويد عن عبد الله بن سنان انه قال في الرجل يزارع ارض غيره فيقول ثلث
للبقر وثلث للبذر فقال لا يسمي شيئا من الحب والبقر ولكن يقول ازرع لي فيها كذا وكذا ان شئت نصفا
وان شئت ثلثا والاصح انه لا يصح الا بلفظ الماضي وكذا في كل عقد لازم قال دام ظله ولو شرط
مدة يدرك فيها الزرع قطعا او ظنا صح ولو علم القصور فاشكال اقول منشاه من امتناع المنفعة
المقصودة من العقد التي هي شرط ومن وجوب الوفاء لانه زرع بحق والاقوى بطلانه العقد قال دام
ظله ولو ذكر مدة يظن الادراك فيها فلم يحصل فالاقرب ان للمالك الازالة مع الارش او التبقية بالاجرة
سواء كان بسبب الزارع كالتفريط بالتاخير او من قبل الله تعالى كتغير الاهوية وتاخر المياه اقول
وجه القرب ان التصرف في ملك الغير بغير اذنه قبيح عقلا والاذن الاول لا يتناول ما بعد المدة المشروطة
فلا يجبر على التبقية ويحتمل الوجوب لان الاذن في الشروع والقلع ضرر وقال عليه السلام لا ضرر ولا اضرار ولانه
ليس بعرق ظالم قال دام ظله ولو شرط في العقد تاخيره عن المدة ان بقي بعدها فالاقرب البطلان
اقول وجه القرب انه يقتضي جهالة المدة ولان الشرط جزء من احد العوضين فيحصل الجهالة ومن
حيث انه قد شرط ما يقتضيه ان قلنا انه مع الاطلاق تجب التبقية ولا اصالة الجواز والاصح الاول
قال دام ظله ولو شرط ان يكون الباقي بعد العشرة بينهما او شرط اخراج البذر اولا والباقي بينهما بطل على
اشكال اقول انما الاشكال في الاولى فناشئ من قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم ومن انه يمكن
ان

١٩

ان لا يخرج الا ذلك القدر فيختص الحاصل باخذهما وهو غير جائز اجماعا واذا تساوى احتمال الصحة
واحتمال البطلان بطل العقد والاصح عندي البطلان وانما الاشكال في المسألة الثانية وهي البذر فمنشاه
في الخلاف للاصحاب فجوزه الشيخ وابن ادريس ومنعه كثير من الاصحاب وهو الاصح عندي لما
قلناه قال دام ظله ولو شرط احدهما على الآخر شيئا يضمنه له من غير الحاصل مضافا الى الحصة
صح على راي اقول هذا اختيار الشيخ الطوسي وقيل المنع والاول اقوى للاصل قال دام ظله
وفي صحة كون البذر من ثالث نظر وكذا لو كان البذر من ثالث والعوامل من رابع اقول منشاه من اصالة
الصحة ومن عدم وروده في الشرع والاسباب متلقاة من الشرع قال دام ظله والاطلاق يقتضي
كون البذر على العامل ويحتمل البطلان اقول وجه الاول ان الغالب من عادة المزارعين والاطلاق
اطلاق يحمل على الغالب لقول ابي عبد الله عليه السلام لما سئل عن المزارع النفقة منك والارض لصاحبها
واجيب بان المفرد المحلى بلام الجنس لا يفيد العموم ووجه الثاني صحة كونه من كل منهما فيكون اعم منهما
والعام لا دلالة له على الخاص فيبطل وهو الاصح عندي قال دام ظله فلو تلف بآفة سماوية او ارضية
او نقص لم يكن عليه شيء ولو زاد فاباحة على اشكال اقول قال الشيخ في النهاية ومن زارع ارضا على ثلث
او ربع وبلغت الغلة جاز لصاحب الارض ان يخرص عليه الغلة ثمرة كانت او غيرها فان رضي المزارع
بما خرص اخذها كان عليه حصة صاحب الارض سواء نقص الخرص او زاد وكان له الباقي فان هلكت الغلة
بعد الخرص بآفة سماوية لم يكن عليه للمزارع شيء واعترضه ابن ادريس بانه ان كان بيعا فهو من ابنيه باطل وان كان
صلحا فان كان من هذه الثمرة بطل بالغرر وان كان في ذمة العامل لم يسقط بالهلاك بآفة سماوية وغيرها واحتج
الشيخ برواية يعقوب بن شعيب الصحيحة قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن المزارعة فقال النفقة
منك والارض لصاحبها فما اخرج الله من شيء قسم على الشرط وكذلك قبل رسول الله صلى الله عليه وآله
خيبر قوما اتوه فاعطاهم اياها على ان يعمروها على ان لهم نصف ما اخرجت فلما بلغ الثمر امر عبد الله
بن رواحة فخرص النخل فلما فرغ منه خيرهم فقال قد خرصنا هذا النخل بكذا صاعا فان شئتم فخذوه وردوا علينا
نصفه وان شئتم اخذناه واعطيناكم نصفه فقالت اليهود بهذا قامت السماوات والارض وليس ببيع بل
هو تقبيل وصلح وجاز مع الجهالة لانه يشبه عقد المزارعة على الجهالة فلم يضر فيه فمنشأ الاشكال الذي ذكره المصنف
من هذا فانه لو لم يكن اباحة لم يكن فيه فائدة ان لم نقل بقول الشيخ بانه بيع والاصح انه اباحة فلا يحتاج الى

خيبر

ولكم

عقد جديد او اباحة جديدة ويحتمل احتياجه الى اباحة جديدة لان العقود الفاسدة لا تحصل منها
الاباحة قال دام ظله ولو كان في الارض شجر وبينه بياض فساقاه على الشجر وزارعه على الارض جاز
وهل يجوز بلفظ المساقاة مع قصد الزرع والسقي اشكال ينشأ من احتياج المزارعة الى السقي اقول
ومن حيث ان الشارع وضع لكل منهما لفظا خاصا والاصح انه لا يصح قال دام ظله ويقدم قول
منكر زيادة المدة مع يمينه وقول صاحب البذر في قدر الحصة ولو اقاما بينة احتمل تقديم بينة
الآخر وقيل القرعة اقول وجه الاحتمال الاول انه الخارج ولانه لو كان القول قوله كانت البينة بينة
الآخر وحيث القول قول المالك فالبينة بينة الآخر ولانه يدعي خلاف الظاهر وخلاف الاصل ولو ترك
الخصومة لترك وقيل بالقرعة واختاره الشيخ في بعض كتبه لان الزرع هنا نماء للعمل ورأس المال ولا ترجيح

المقصد الثالث في المساقاة وفيه فصول الاول في اركانها قال دام ظله

ولو قال استاجرتك لتعمل لي في هذا الحائط مدة كذا بنصف حاصله لم يصح على اشكال ينشأ من اشتراط
العلم بالاجرة اذا قصدت ما اذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا اقول مراد المصنف ان العاقد قصد بلفظ
الاجارة هنا المساقاة تجوزا فانه لو قصد الاجارة بطل قطعا لجهالة العوض فالاشكال هنا في انه هل يصح
عقد المساقاة بلفظ الاجارة مجازا او ينشأ من حيث ان السبب في الانتقال بالعقود الالفاظ التي و
ضعها الشارع فلا اعتبار بالمجاز حينئذ لانه لم يكتف بقصد المعنى باي لفظ اتفق بل اعتبر اللفظ
الذي وضعه ومن اصالة الصحة وعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود ووجه التجوز المشابهة بين
العقدين في ان كل واحد منهما يستلزم العمل وهو المقصود والاصح عندي انه لا يصح لان كل لفظ هو صريح
في عقد خاص لا في غيره اذا اطلق ان امكن تنفيذه في موضعه صح فيه والا بطل قال دام ظله وفي المساقاة
على ما لا ثمرة له اذا قصد ورقه كالتوت والحناء اشكال اقربه الجواز وكذا ما يقصد زهره كالورد
وشبهه اقول وجه القرب ان معنى الثمر موجود فيه واللفظ تابع للمعنى ويحتمل عدمه للنص على
ان المساقاة على نخل له ثمرة ولا يسمى هذا ثمرة لغة ولا عرفا ولانه يدخل في بيع الاصل بالاصالة ولا شيء
من الثمرة كذلك والاصح الاول ايضا قال دام ظله ولو ظهرت ولم تكمل فهو شكل والاقرب الجواز
ايضا اقول وجه القرب انه انما شرط العمل مدة معينة فلا يجب بعدها ولانه لو وجب لم يشترط تعيين
المدة في المساقاة لكن الثاني باطل لانها معاملة على شيء يفتقر الى اجل فلابد من ضبطه فالمقدم مثله

والملازمة

والملازمة ظاهرة ويحتمل الوجوب لان العامل انما يستحق الحصة بتمام العمل وكمال الثمرة والاصح
الاول قال دام ظله ولو قدر المدة بالثمرة فاشكال اقول ذهب ابن الجنيد الى الجواز
لما رواه يعقوب بن شعيب في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال سألته عن الرجل يعطي الرجل ارضه
فيها الرمان والنخل والفاكهة فيقول اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما اخرج قال لا بأس ولان القصد
من هذا العقد الثمرة الا ترى انه اذا اقت بزمان معين فانما الشرط ان يعلم او يظن ادراكها فيه ولانه
لا يؤدي الى النزاع والمشهور اشتراط تعيين الاجل وهو الاصح للنهي عن الغرر قال دام ظله والكش
للتلقيح على رأي اقول ذهب الشيخ في المبسوط الى ان الكش على صاحب النخل لانه عين مال ولا
شيء من عين المال يجب على العامل ولانه يتم نماء الثمرة وصلاحها وعمله لا يتم الا به فلا يجب
والاصح الاول قال دام ظله ولو شرط ان يكون عمل الغلام لخاص العامل فالاقرب الجواز اقول
وجه القرب عموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم لانه في الحقيقة شرط الحصة في مقابل بعض
العمل وهو جائز ويحتمل عدمه لانه شرط العوض له على عمل غيره والاصح الاول قال دام ظله اما لو
شرط العامل ان يستأجر باجرة على المالك في جميع العمل ولم يبق للعامل الا الاستعمال ففي الجواز
اشكال اقول من ان الاستعمال نوع من العمل فجاز ان يأخذ الحصة عليه ومن انه ليس بعمل في العرف
والاصح البطلان لانه فرق بين العمل والعزل ولا يعد الاستعمال عملا في المساقاة ولان الواقعة
في زمن النبي عليه السلام ليس على هذه الصورة بل على فعل متقوم قال دام ظله او شرط مع الحصة
من الثمرة جزءا من الاصل على اشكال اقول ينشأ من ان المساقاة معاملة على جزء من الثمرة
في مقابلة العمل فلا يتعدى الى الاصل ولانه جعل العوض العمل في كل النخل ولابد ان يصل الى كل
تمام العمل وليس هنا ومن عموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم والاصح الاول قال
دام ظله ولو شرط المالك على العامل شيئا من ذهب او فضة مع الحصة كان مكروها ووجب الوفاء
ما لم يتلف الثمرة او لم تخرج فيسقط وفي تلف البعض وقصور الخروج اشكال اقول ينشأ من
سقوطه بتلف الكل ووجوب الكل لحصول الجميع بتمامه فتقابل المجموع بالمجموع فيكون الاجزاء في مقابلة الاجزاء
ومن عدم تقدره ولا تقسيط الاجزاء على الاجزاء لان المجموع غير مضبوط قال دام ظله ولو قال
ساقيتك على ان لك النصف من الثمرة وان اضرب عن حصته وفي العكس اشكال اقول ينشأ من دلالة

المفهوم هنا عرفا على القول بها ومن ان ذكر بعض العام لا يدل على التخصيص ودلالة المفهوم ضعيفة
والاصح انها ليست بصحيحة والاصح البطلان قال دام ظله ولو ساقاه على احدهما بعينه بالنصف
على ان يساقيه على الآخر بالثلث صح على راي اقول ذهب الشيخ في المبسوط الى بطلانه وهو
الظاهر من كلام ابن الجنيد وجوزه الشيخ في موضع آخر من المبسوط وهو الحق للاصل ولان هذا
امر مشروع فاشتراطه سائغ قال دام ظله ولو لم يشهد لم يرجع وان نوى على اشكال اقول
ينشأ من امر الشارع بالاشهاد ولم يحصل ومن ان الاشهاد لاظهار سبب الرجوع عند الدفع وسبب
الرجوع هو النية لانها بها يندفع التبرع لا باظهارها ففائدته هو الاثبات والتحقيق ان الاشهاد
هل هو شرط في الرجوع نفسه كاذن الحاكم مع وجوده وامكانه او ان السبب هو النية وقبله
فيقبل قوله لا بعده والاشهاد لاثباتها واظهارها خاصة وكلام الاصحاب يحتملهما
وكذا الروايات فعلى الاول لا رجوع وعلى الثاني يرجع والاصح الاول قال دام ظله ولو ثبتت
الخيانة فالاقرب انه لا يرفع يده عن حصته اقول وجه القرب ان الخيانة انما يوجب رفع اليد
عن مال الغير لا عن مال نفسه ويحتمل رفع يده مطلقا لعموم النص ولانه لا يتم الرفع عن مال
المالك الا بها اذ كل جزء معين مشترك فللمالك فيه حصة وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب
والمطلق من حيث هو لا وجود له في الخارج الا في الشخص المعين واثبات اليد انما هو على الموجود في
الخارج والاصح الاول قال دام ظله ولو لم يكن حفظه مع الحافظ فالاقرب رفع يده عن الثمرة
والزامه باجرة عامل اقول وجه القرب وجوب حفظ مال الغير ووجوب العمل ولا يتم الا بذلك ومن حيث
تضمن المساقاة العمل لا الاستيجار ويحتمل تسلط المالك على فسخ المساقاة ان لم يتبرع احد بالعمل تبرعا
او باجرة مع عدم نفسه ومطلقا مع تعيينه لتعذر العمل منه حينئذ والاصح الاول **المقصد
الرابع في الشركة وفيه فصلان الاول الماهية مقدمة** لفظ الشركة يطلق
على معان اربعة آ شركة العنان وهي اجتماع حقوق الملاك بالفعل في الشيء الواحد على سبيل
الاشاعة ب شركة الابدان وهي عقد لفظي يدل على تراضيهما واتفاقهما على اشتراكهما في كسب
الاعمال التي تصدر منهما على قدر الشرط كاشتراك الدلالين والحمالين وارباب الصنائع في اثمان الاعمال
وعوضها وما يحصل بها من ربح الاعمال وروس الجنايات على الابدان واتفقت الامامية عدا ابن

الجنيد

الجنيد على بطلانها اما ان تميز عمل كل منهما او لا فان كان الاول فلكل كسب عمله وان كان
الثاني فالحاصل مقسوم على قدر اجرة المثل لا الشرط ج شركة المفاوضة وهي عقد لفظي يدل على اتفاقهما
على اشتراكهما في كل غنم وغرم يحدث لهما وعليهما الا الجناية على الحر وبذل الخلع والصداقات
بقولهما اشتركنا شركة المفاوضة او تفاوضنا او يوجب احدهما بهذا اللفظ ويقبل الآخر واتفقت الامامية
على بطلانها د شركة الوجوه فقيل هي ان يشترك وجيهان عند الناس فيبتاع كل منهما في الذمة الى اجل على
ان ما يبتاعه كل واحد بانفراده يكون بينهما ثم يبيع كل منهما ما اشتراه ويؤدي منه الثمن فما فضل
كان بينهما وقيل ان يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه الى خامل والربح بينهما وقيل ان يشترك
وجيه لا مال له وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل وهو بيد الخامل لا يسلمه
الى الوجيه ويكون الربح بينهما وقيل ان يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض
الربح له واتفقت الامامية بعد ابن الجنيد على بطلانها بجميع معانيها والضابط انه كلما لم يحصل
الامتزاج او حكمه الرافع للامتياز في غير القراض لم تحصل الشركة قال دام ظله واذا تميز
عمل الصانع من صاحبه اختص باجرته ومع الاشتباه يحتمل التساوي والصلح اقول وجه الاول
اصالة عدم التفاضل ووجه الثاني ان التساوي اتفاقي لعدم العلم بسببه فلا يحكم به ولا بالتفاضل لعدم
العلم بوجود سببه فان كل ذي سبب انما يحكم بوجوده مع العلم بوجود مبدائه وتساوي القوى
والحركات الصادرة عنها الافعال وتفاوتها غير معلوم وكذا لا يعلم تساوي القيم فيتعين
الصلح وهو الاصح **الفصل الثاني في الاحكام** قال دام ظله ولو شرطا التفاوت
مع تساوي المالين او التساوي مع تفاوته فالاقرب جوازه ان عملا او احدهما سواء شرطت الزيادة
له او للآخر وقيل يبطل الا ان يشترط الزيادة للعامل اقول للاصحاب اقوال ثلثة الاول
صحة الشركة والشرط وهو قول المرتضى والظاهر من كلام ابن الجنيد وجدي رحمهم الله
والثاني بطلانهما وهو قول الشيخ في المبسوط وابن ادريس الثالث صحة الشركة وعدم لزوم
الشرط وبه قال ابو الصلاح فانه قال يكون اباحة للزيادة احتج المرتضى بقوله تعالى اوفوا
بالعقود وهو اجراؤها على ما وقعت عليه وقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم و
التراضي انما وقع على ما شرطناه فلا يسوغ غيره ونقل المرتضى ايضا اجماع الفرقة والاجماع المنقول بخبر

الواحد حجة احتج الشيخ بوقوع الاجماع على صحة الشركة مع تساوي الربح على قدر رأس المال وليس على جواز خلافه دليل ولان الشركة ليست عقداً في الحقيقة لوقوعها بدونه والتجارة عقد فلا تندرج تحت الاثم فالملك للربح انما يتبعه لرأس المال او للعمل اذ لا عقد هنا اولا اجارة ولا مضاربة ولا غيرها سوى الشركة وليست عقدا ولا بعد في الاسباب لاستحالة وجود السبب دون المسبب ومجرد القول غير لازم والاصح عندي قول المصنف ويتفرع على هذا فروع آ اذا كان لاحدهما عمل او مزيد وشرط له مزيد ربح تركب العقد من شركة وقراض واختصاص القراض لعامل بالعمل في ملك المالك بما هو في قراض المنفرد عن الشركة لا المشترك معها ب على القول ببطلان الشركة والشرط مع تساوي المالين واختلافهما في قدر الربح بالشرط او اختصاص احدهما بالعمل مع تساويهما في الربح او انفراد غير العامل به او بالزيادة يرجع العامل بالاجرة في شركة العنان لا بوصف الصحة والبطلان بل مراده هما الشركة الموصوفة بهما اذن كل واحد في التصرف في كل المال للآخر مجازاً قال دام ظله وهل يفتقر المحيز في تملك المباح الى نية التملك اشكال اقول استحالة تخلف المعلول عن العلة وانفكاك الملك عن الاستيلاء فيما وجد في خوف التمكن يدل على عدم سببية الاستيلاء بانفراده وتحصيل كون المعرف اعم وجواز الشهادة بالملك بالتصرف الذي هو الاستيلاء مع عدم العلم بالنية اذ الافعال الارادية تدل على الارادة لا على التخصيص باحد الوجوه مع استحالة الحكم بالمعلول مع الجهل بوجود العلة يدل على سببية الاستيلاء والاول قال الشيخ الطوسي رحمه الله في باب احياء الموات من المبسوط وقال في باب الشركة فيها الثاني والاصح الاول لورود هذا على والدي انه لو لم يملك الا بالنية لم يصح بيعه قبلها بل يكون استنقاذاً لكن اللازم باطل فالملزوم مثله واجاب بان ارادة البيع والقرض يستلزم نية التملك

المقصد الخامس في القراض وفيه فصول ثلاثة الاول في اركانه وهي خمسة الاول العقد قال دام ظله ولو شرط ما ينافيه فالوجه بطلان العقد مثل ان يشترط ضمان المال او سهماً من الخسران او لزوم المضاربة او لا يبيع الا برأس المال او اقل اقول لان بطلان الشرط يستلزم بطلان المشروط قالوا لو انعقد مع شرط قلنا التراضي انما وقع على هذا الوجه لا بدونه والاصح كالبيع قال دام ظله ولو شرط على العامل المضاربة في مال الآخر او يأخذ منه بضاعة او قرضا او يخدمه في شيء بعينه فالوجه صحة الشروط اقول لعموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم

ولانه غير مناف للمشروع ولا للعقد وقال الشيخ في المبسوط تبطل في شرط البضاعة لان العامل في القراض لا يعمل عملا مجانا فينقص من حصته العامل قدر ما يرجد فيه لاجل البضاعة وهو مجهول ثم قال رحمه الله ولو قلنا القراض صحيح والشرط جائز لكنه لا يلزم الوفاء به لان البضاعة لا يلزم القيام بها كان قويا وقال ابن البراج القرض والشرط فاسدان والاصح الاول الثاني المتعاقدان قال دام ظله ولو ضارب بغير اذنه بطل الثاني فان لم يربح ولا تلف شيء منه رده على المالك ولا شيء له ولا عليه وان تلف في يده طالب من شاء منهما فان طالب الاول رجع على الثاني مع علمه لاستقرار التلف في يده وكذا مع عدم علمه على اشكال ينشأ من الغرور اقول ومن ان القراض لا يستعقب الضمان للمالك من غير تفريط ولا تعد بالنسبة الى الدافع والاصح استقرار الضمان على الدافع قال دام ظله وان طالب الثاني رجع على الاول مع جهله على اشكال اقول ينشأ من الغرور ولان المباشر مع الجهل فلا يضمن للمالك لو كان هو الدافع لا يضمن بل الدافع اليه كما لو قدم الى المالك طعام نفسه ومن ان التلف في يده والاصح الاول قال دام ظله وان ربح فللمالك خاصة وفي رجوع الثاني على الاول باجرة المثل احتمال اقول وجه الاحتمال انه عمل غير متبرع به ولم يحصل العوض مع اشتراطه من الامر على تقدير وقد حصل فيجب اجرة المثل ويحتمل عدمه لقول الاصحاب ولان القراض موضوع على انه ان لم يحصل الربح فلا شيء له وهنا الربح في حكم المعدوم و الاصح وجوب الاجرة قال دام ظله ولو قيل ان كان الثاني عالما بالحال لم يستحق شيئا وان جهل فله اجرة المثل على الاول كان وجها اقول وجه ذلك انه مع كونه عالما بالحال فلانه رضي انه لا شيء له في مقابلة العمل على المالك فكان متبرعا بالنسبة اليه ورضي بان يكون مربح مال الغير بغير اذن شرعي فكان كالمتبرع به وهو مغرور فكانت اجرته على الآمر وهذا هو الصحيح عندي قال دام ظله ويحتمل عدم لزوم الشراء ان كان بالعين وان كان في الذمة احتمل اختصاص الثاني به والقسمة بينه وبين العامل الاول في النصف واختصاص المالك بالنصف الآخر ان كان الاول شرط على الثاني ان للمالك النصف والآخر بينهما اقول وجه هذا الاحتمال وهو التفصيل ظاهر النص على ان من اشترى بعين مال لغيره بغير اذنه لم يلزم الشراء وهنا كذلك اذ المالك لم يأذن للثاني وعقد المضاربة اذا اقتضى الاذن للعامل في الاستنابة في البيع والشراء انما هو في الاستنابة المجردة عن عقد مضاربة اخرى ولا يتناول التي في مضاربة اخرى باحدى الدلالات فيدخل تحت العموم ولعموم النص ايضا على انه اذا اشترى في الذمة ولم يذكر

احدا وقع له ووجه الثاني انه اشترى للمضاربة في نيته فيقع الشراء لها وقد حصل ربح فلهما
تمام ما شرط لنفسه وكذا الكل واحد من العاملين ولم يحتج الى ذكر حكم الربح اذا
كان الشراء بالعين لانه ان اجاز المالك ملكا لسلعة وربحها وان ابطل البيع فلا يملك
الربح وقال الشيخ في المبسوط اذا قارض المقارض آخر على ان ما رزق الله من ربح كان بينهما
نصفين من يستحق الربح هذه المسئلة مبني على مسئلة الغاصب فمن قال الربح للغاصب لرب المال كان
لرب المال هنا النصف لانه لا يستحق اكثر مما شرط لنفسه والنصف الآخر للعاملين نصفان
وهل يرجع الثاني على الاول بنصف الاجرة فيه وجهان والقائلون بان ربح الغاصب كله لنفسه اختلفوا
في الربح هنا فقال بعضهم الربح كله للعامل الاول وللثاني عليه اجرة المثل وقال بعضهم الربح كله
للعامل الثاني لاحق للاول فيه لانه غاصب قال والاول اقوى لان الثاني اشترى للاول بالنية فيقع
له لاذنه ويفارق الغصب لان الغاصب اشترى لنفسه وللثاني الاجرة على الاول لانه لم يسلم له
ما شرط فعلى هذا لا شيء لرب المال في الربح قولا واحدا وهذا آخر كلامه قال دام ظله ولو شرط
المريض للعامل ما يزيد عن اجرة المثل لم يحتسب الزائد من الثلث لحقوله وهل المساقاة كذلك اشكال
ينشأ من كون النخلة تثمر بنفسها فهي كالحاصلة اقول ومن حيث انها معدومة فلم تخرج من
التركة شيئا ثم جزم المصنف بالاول وهو الاصح قال دام ظله واذا فسد القراض لفوات شرط نفذت
التصرفات وكان الربح باجمعه للمالك وعليه للعامل اجرة المثل الا اذا فسد بان شرط جميع الربح للمالك
ففي استحقاق الاجرة اشكال ينشأ من رضاه بالسعي مجانا اقول ومن عموم النص بانه اذا
فسد العقد فالربح للمالك وله الاجرة والى هذا ذهب الشيخ رحمه الله وهو الاصح الثالث
راس المال قال دام ظله وكذا يصح لو كان في يده وديعة او غصب ثم سلفه عليه فضارب به
المالك والاقرب زوال الضمان بالعقد ويحتمل بقاؤه الى الاداء ثمنا عما يشتريه اقول
قد مضى مثل هذه المسئلة في الرهن ووجه القرب انه اذن في بقائه في يده ولان القراض امانة فعقد عقد
صحيحا موجبا لكونه امانة فيصير امانة لان معنى الصحة ترتب الاثر والاستيفاء علة الضمان
اذ لا علة له هنا غير الغصب وقد زال ووجه الاحتمال الثاني ان القراض غير مناف للضمان
لاجتماعه معه كما في التفريط فلا يمنع وجوده واصالة البقاء ما كان على ما كان ولقوله عليه السلم

على اليد

على اليد ما اخذت حتى تؤدي وحتى لابتداء الغاية فيحصل ابتداء غاية الضمان ثم الاداء اما الى المالك او الى
من اذن له او دفع الى البائع ماذون فيكون غاية وهو المطلوب واذا سلمه الى البائع فمنافي لاجماع المسلمين
قال دام ظله ان يكون معلوما فلا يصح على المجهول قدره وفي المشاهد اشكال ذهب الشيخ في الخلاف
الى اشتراط العلم وعدم الاكتفاء بالمشاهدة وقوى في المبسوط الاكتفاء بها وجه الاول انه مرجوع اليه
عند المفاصلة بالضرورة ولا شيء من المجهول تمكن الرجوع اليه عند المفاصلة ويلزم امتناع كونه اي المال
مجهولا ومن حيث انه وضع هذا العقد على الجهالة اذ في مقابلة العمل جزء من الربح المجهول ومن حيث
المشاهدة والقدر المتحير هيهنا والترجيح ممكن لجواز علمه بعد المضاربة وكون القول قول العامل مع عدم
البينة ومع تعارضهما تقدم بينة المالك لانه يدعي زيادة والاصل عدمها وقوله في المبسوط والاصح انه لا يصح
لانه لو جاز مع جهالته لجهل كل واحد بالجزء منه من الربح لكن التالي باطل وكذا المقدم اما الملازمة
فلان جهالة راس المال يستلزم جهالة الربح وهو يستلزم جهالة نصيب كل واحد واما بطلان التالي
فاجماعي قال دام ظله فان جوزناه فالقول قول العامل مع يمينه في قدره اقول على القول
بجواز العقد على المشاهد المجهول القدر يكون القول قول العامل في القدر لاصالة براءة الذمة من الزائد
قال دام ظله ان يكون مسلما في يد العامل فلو شرط المالك ان يكون يده عليه لم يصح اما لو شرط
ان يكون مشاركا في اليد او مراجعته في تصرفه او مراجعة مشرفه فالاقرب الجواز اقول لانه شرط سائغ
لا يخالف الكتاب والسنة اذ للانسان ان لا يثق على احد بحفظه في يده او بدون شريك وقد يستعان بالخائن
في المعاملات لحذقه فيها فلو شرع هذا الشرط لزم تصرف المالك اما بتسليم ماله الى من لم يثق به واما التجارة
وكلاهما باطل ويحتمل عدمه لانه قد لا يجده عند الحاجة او لا يجامعه على رأيه فيفوت عليها التصرف
الرابح ولان القراض موضوع تمهيدا وتوسعا لطريق التجارة ولهذا احتمل فيه ضروب من الجهالة فيصان
عما يخل به وهذا من قوله الى آخره لفظ المصنف في اثناء تقريره والاصح الاول قال دام ظله ولو شرط
ان يشتري اصلا يشتركان في نمائه كالشجر والغنم فالاقرب الفساد لان مقتضى القراض التصرف في
راس المال اقول ولانه ليس استرباحا بالتجارة والقراض استرباح بالتجارة ولانها تحصل بنفس عين
المال من غير تصرف العامل ولا شيء من ربح القراض كذلك ويحتمل الجواز لانه يحصل للمالك بسعي العامل
نماء المتجدد لانه لولا شراؤه لما حصل له والصحيح الاول لان المضاربة عبارة عن معاوضتين

معاوضة الشراء وبها يحصل للمالك ظهور الربح ومعاوضة البيع وبها يحصل الانضاض والمطلوبة بدل
على ملك العامل لهما معًا بالمطابقة وعلى كل واحد بالتضمن قال دام ظله ٥ اما لو قال على ان لي النصف
وسكت عن حصة العامل بطل على اشكال اقول ينشأ من المفهوم عرفا ومن ان ذكر بعض العام لا يقتضي
التخصيص وقد تقدم مثل هذه المسئلة في المساقاة الفصل الثاني في الاحكام المطالب
الاول العامل قال دام ظله فليس له التصرف بالغبن ولا النسية بيعا ولا شراء الا مع عموم الاذن كافعل
ما شئت وخصوصه فان فعل لا معه وقف على الاجازة فالاقرب انه يضمن القيمة لانه لم يعتد بيع اكثر
منها ولا يحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها اقول ويحتمل انه يضمن الثمن
وهو اختيار المصنف في تذكرة الفقهاء لانه ثمن البيع الصحيح وملك صاحب السلعة وقد فات بتفريط البائع
هذا لفظ المصنف والاصح الاول قال دام ظله وليس له ان يبيع بدون ثمن المثل ولا يشتري باكثر منه
مما لا يتغابن الناس به وان جاز تفاحتمل بطلان البيع وضمان النقص وعلى البطلان لو تعذر الرد ضمن
النقص اقول لما كان الغرض الذاتي من القراض تحصيل الربح والفائدة وجب ان يكون تصرف العامل مقصورا
على ما يحصل منه الغاية العاينة وان يمنع من التصرف المؤدي الى ما يضادها فمن ثم بطل بيعه باقل من
ثمن المثل لمنافاته للاسترباح واليه ذهب في المبسوط والخلاف ويحتمل الصحة لمطلق الاذن والضرب
بحيز ضمان النقص والاصح انه يقف على الاجارة ويضمن النقص وللمالك مطالبته او بقيمته قال
دام ظله والاقرب ان له ان يبيع بالعرض مع الغبطة اقول لان الغرض من القراض الاسترباح وهو
يحصل بالبيع بالعرض فكان مشروعا وتحصيلا لفائدة القراض وذهب الشيخ الى اقتضاء الاطلاق و
البيع نقدا بنقد البلد لانه كالوكيل والاصح الاول ونمنع كونه كالوكيل من كل وجه بل نسبة كان في مراعاة
الغبطة وهي قد يقتضي التسوية بينهما لمنع البيع والشراء بعيبك بتعين على المالك ومنع النسيئة وغيرها
مما يتساويان فيه وقد يقتضي الافتراق فان للعامل البيع والشراء بالعرض لان غايته الاسترباح وكذا له شراء
المعيب اذا كان فيه ربح ظاهر بخلاف الوكيل فيهما قال دام ظله وليس له ان يشتري من ينعتق
على المالك الا باذنه فان فعل صح وعتق وبطل المضاربة في ثمنه فان كان كل المال بطلت المضاربة ولو كان
فيه ربح فللعامل المطالبة بثمن حصته والوجه الاجرة اقول الشيخ في المبسوط اذا اشترى من ينعتق
على رب المال باذنه وكان فيه ربح انعتق وضمن للعامل حصته من الربح وان لم يكن فيه ربح انصرف العامل

ولاشي

ولا شيء له وقال المصنف له الاجرة لانه بالشراء بطلت لانه لا يمكن وقوعه للمضاربة وهو على تقدير
وجود الربح حال الشراء غير متبرع به فكان له الاجرة ولان عقد المضاربة يقتضي الشراء والبيع فما
يمنع فيه البيع لا يكون مضاربة واما على القول الشيخ وغيره من قال بالضمان ان المالك حصة العامل فبناؤه
على ان المضاربة تبطل بالانعتاق وان العامل يملك حصته بالظهور لانه باذنه في الشراء وقرابته الملف
نصيبه فكان كما لو استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح واتلفه ولانه شريك سرى العتق في نصيبه
فيضمن النصيب وان قلنا بالقيمة او الانضاض فيضمن اجرة المثل لانه عمل عملا حصل في مقابلته
للمالك النفع المطلوب منه وفسخ قبل ملك الحصة ولو كان المالك معسرا يبقى قدر نصيبه رقيقا
على الاول وعلى الثاني ينعتق كله وعلى المالك الاجرة يطالب بها اذا ايسر قال دام ظله
وان لم ياذن فالاقرب البطلان ان كان الشراء بالعين او في الذمة وذكر المالك اقول لان تصرف
شراء اذن المالك ولا داخل تحت الاذن مقصور على الاسترباح وهذا اتلاف للاصل فهو مناف للاسترباح
فهو منهي عنه ويحتمل الصحة لانه مال متقوم قابل للعقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر ب
المالك عتقه انعتق على المالك وتبطل المضاربة ويضمن العامل لانه سبب الاتلاف وهذا لفظ
المصنف قال دام ظله والاقوى للعامل مع علمه وفي جاهل النسب او الحكم اشكال اقول
اذا اشترى من ينعتق على المالك بغير اذنه فان كان الشراء بالعين او في الذمة ونسبه الى المالك
لفظا في نفس العقد او في نيته وعلم البائع بالنسبة اليه بطل البيع لانه عقد نهاه المالك عنه و
النهي المتقدم كالفسخ المتجدد في الابطال بالاولى ولان عقد القراض يقتضي الامر بالاسترباح وشراء
ما فيه ربح وهذا اتلاف لراس المال فهو ضد المامور به والنهي هنا يدل على الفساد واما الثانية فظاهر.
لان الفسخ المتجدد رفع للعقد في المستقبل ونهيه عنه يرفعه في الماضي والمستقبل ولان النهي يرفع
اهليته للتصرف ولانه على تقدير عدم تعقبه الاجازة ولو وقف صحته على الاجارة لتساوى النهي وعدمه
وهو محال فتعين اقتضاؤه البطلان ويحتمل الوقوف على الاجازة لان النهي في المعاملات لا يقتضي
الفساد وان كان في الذمة واطلق او لم يعلم المالك بان العامل نواه وقع في نفس الامر عن العامل
ان لم ينو المالك ويقع عنه ظاهرا ان نواه هذا كله اذا علم النسب والحكم ولو جهلهما او جهل
احدهما فاشكال ينشأ من انه مامور بشراء ما فيه ربح ظاهرا والا لزم التكليف بالمحال وهو هنا

لان النهي م

كذلك فسخ وعتق ولم يضمن لان التلف حصل بمعنى في المبيع لم يعلم به المشتري فلم يضمن كما لو
اشترى معيبا لم يعلم بعيبه وتلف به ومن ان الاذن في المضاربة انما ينصرف الى ما يمكن بيعه وتقليبه
في التجارة والاسترباح منه ولا يتناول غير ذلك فان شراء من ينعتق على المالك تفويت لمال المالك لا للربح
فكان اولى بالبطلان مما اذا اشترى باكثر من ثمن المثل وعلى الخلاف لا يضمنه فيكون حكمه كالاول
ويضمن بشرطه بترك الاستقصاء في السؤال فان العلم مقدور لما كما تحقق في علم الكلام والبطلان
في جاهل الحكم اقوى لانه غير معذور والا لارتفع الحكم وجاهل النسب معذور والا لزم تكليف
ما لا يطاق وكلاهما باطل قال دام ظله ولو اشترى زوجة المالك احتمل الصحة والبطلان
اقول منشأ الاحتمالين انها مال يمكن الاكتساب بها والزوج مال يتملكها فيدخل تحت اطلاق الاذن
والنكاح هنا اكد ويمكن الربح اكثر لتمكنه من احدهما من المضاربة واشتماله على فسخ عقد عقده باختياره
وقصده فلا يليق ان يفعل ما ينافيه ولاشتماله على ضرر المالك واحتمال البطلان انما هو
على تقدير الشراء بالعين واضافة الشراء الى المالك في نفس العقد اذ في ذمته فانه يبطل في نفس الامر ان
قلنا بالبطلان لا ظاهرا بل الحكم في الظاهر كما اذا اشترى من ينعتق على المالك ويتوصل به في سر الغاء او
كالوكيل قال المصنف على الصحة يحتمل ان يقال ليس له بيعها الا باذنه لما فيه من ابطال استباحة
المالك الوطي وقد اختاره المالك لحصوله ويحتمل جواز البيع لانه لما صح البيع بطل النكاح في حكمها
كسائر المملوكات والوجه انه لا يصح شراؤها الا باذن المالك قال دام ظله ولو اشترى
زوج المالكة باذنها بطل النكاح وبدونه قيل يبطل الشراء لتضررها به وقيل يصح موقوفا ولا
يضمن العامل ما يفوت من المهر ويسقط من النفقة وقيل مطلقا فيضمن المهر مع العلم وكذا من اشترى
من له عليه مال اقول القول ببطلان الشراء قول الشيخ في المبسوط ووجهه ان صحة الشراء
يستلزم ضررها وتفويتها ما ملكه من النفقة وغيرها محققا والربح متوهم والغرض الاقصى
من القراض تحصيل الربح فلا يصح ولان شراء الزوج ليس فيه حظ وما ماله الا ذلك فيحفظ المال في انه
لا يكون اقل من الفضولي وهو قول لكل من قال بصحة عقد الفضولي ووقوعه على اجازة المالك ووجه
البطلان انه اشترى ما يمكنه طلب الربح فيه ولا يتلف راس المال مجاز كما لو اشترى ما ليس بزوج
وانما ضمن المهر مع العلم لانه المفوت على المالك بفعله والاصح الثاني قال دام ظله والوكيل في شراء

ووجه

عبد مطلق لو اشترى اب الموكل احتمل الصحة وعدمها اقول منشأ الاحتمالين ان الامر بالكلي
المتواطي يقتضي التخيير في الجزئيات وقد مر الفرق بينه وبين عامل التجارة ومن اشتماله على ضرره
بزوال ملكه ولان الظاهر انه اراد عبد قنية او تجارة وهذا ليس باحدهما وانما يبطل اذا كان
الشراء بالعين واضافه الى الموكل على ما مر والفرق بينه وبين العبد المأذون له في التجارة ان العبد
شراؤه منحصر بمولاه فاضافه اليه اولا والتحقيق ان الملك وان كان ليس بمشكل لكن الغرض منه
في المعاملة متفاوت فما كان انفع كان شراء الوكيل له اولى لان الواجب على الوكيل تحصيل الانفع
مع التعارض والاب انفع في الامور الاخروية وغيره في الامور الدنيوية وكلاهما مقصود عند العقلاء
فمن ثم حصل الاشكال والاصح توقفه على الاجازة قال دام ظله ولو اشترى العامل من ينعتق
عليه ولا ربح في المال صح فان ارتفع السوق وظهر ربح وقلنا يملك عتق حصته ولم يسر على اشكال
اذ لا اختيار له في ارتفاع السوق واختياره السبب وان كان فيه ربح وقلنا لا يملك الا بالظهور صح
ولا عتق وان قلنا يملك فالاقرب الصحة ويعتق نصيبه ويسري الى نصيب المالك ويغرم له حصته
لاختياره الشراء اقول اذا اشترى العامل من ينعتق عليه كابيه فاما ان لا يكون فيه حال الشراء
ربح ظاهرا ويكون ثمنا مطلبان آ ان لا يكون فيه ربح حال الشراء فاما ان يستمر كذلك الى بيعه فيصح البيع
فيه او لا يستمر بل يظهر فيه ربح بعد الشراء كارتفاع السوق مثلا فالكلام فيه في مسئلتين
احديهما في انعتاق نصيب العامل وهو مبني على ان العامل يملك ما شرط له من الربح وعلى انه يملك
بالظهور وسابق البحث فيه وثانيهما سراية العتق وهو مبني على احدى مسئلتين اما ان العتق
القهري لا يسري او ان اختيار السبب المقدور عليه يستلزمه على اختلاف راي المتكلمين فعلى الاول
يسري وكذا على الثانية لانه اختار الشراء وامسكه حتى ارتفع السوق وهو سبب الملك بارتفاع السوق الذي
هو سبب العتق والى هذا الوجه اشار المصنف بقوله واختياره السبب وقوله رحمه الله اذ لا اختيار له في ارتفاع
السوق اشارة الى وجه عدم السراية وتقريره ان السبب التام للعتق هو مجموع ابتياعه وارتفاع
السوق والسبب القريب ارتفاع السوق وهو ليس باختياره ولا تعلق لقدرته به فجزء السبب او السبب
القريب غير مقدور له وكلما كان جزء السبب غير مقدور او السبب القريب غير مقدور لم يكن المسبب
مقدورا فان لم نقل بسرايته الانعتاق فظاهر انه يغرم هنا والاصح عندي السراية لانه يملك بالظهور فيضمن

مع اختيار المسبب

للمالك القيمة كلها قال دام ظله ويحتمل الاستسعاء في باقي القيمة للمعتق وان كان العامل
موسرا اقول لان السعي على خلاف الاصل فيقتصر فيه على النص وهو قوله عليه السلام من اعتق الى آخره
والالفاظ انما تحمل على حقائقها ووجود الملك ليس علة في عتقه وان كان قد يعد لكن المعتق والقائل لا يكون
فاعلا فالعلة في العتق النسب ليس من فعله والملك معد ولرواية ابن ابي عمير عن محمد بن قيس قال قلت
لابي عبد الله عليه السلام رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة فاشترى اباه وهو لا يعلم قال يقوم
فان زاد درهما واحدا اعتق واستسعى في مال الرجل ولم يفصل وترك الاستفصال في حكاية الحال يقتضي
العموم والاقوى عندي السراية والغرم وقال ابو الصلاح وشيخنا نجم الدين بن سعيد يستسعى العبد
مطلقا اي سواء كان العامل موسرا او معسرا قال دام ظله ونفقته في الحضر على نفسه وفي السفر
من اصل القراض كمال النفقة على رأي ولو كان معه غيره قسط ويحتمل مساواة الحضر واحتساب
الزائد على القراض اقول البحث هنا في مقامين الاول هل نفقة العامل في السفر للتجارة
على مال القراض وعليه ذهب الشيخ في النهاية والخلاف وابن الجنيد وابن البراج وابن حمزة وابن ادريس
وجدي والدي في مختلف الشيعة الى ان جملة النفقة في السفر على مال المضاربة وهو الاصح عندي وذهب
في المبسوط الى ان نفقته من ماله خاصة دون مال القراض احتج في الخلاف باجماع الفرقة وفي المبسوط
بانه دخل على ان يكون له من الربح سهم معلوم وليس له اكثر من ذلك لانه ربما لا يربح المال اكثر
من هذا واستدل المصنف في المختلف على الاول بما رواه علي بن جعفر في الصحيح عن اخيه موسى عليه السلام
قال في المضارب ما انفق في سفره فهو من جميع المال واذا قدم بلده فما انفق فمن نصيبه المقام الثاني
على القول بوجوب نفقته على مال القراض هل يستحق النفقة اما زاد بسبب السفر اختيار والدي المصنف
الاول واحتج بقول موسى بن جعفر عليه السلام ما انفق في سفره فهو من جميع المال وما للعموم وقيل
بالثاني لانه انما حصل بالسفر الزيادة لا غير اما غيرها فسواء كان مسافرا او لا فلا يكون السفر علة فيه
وتفرع على وجوب كمال النفقة في مال القراض انه لو كان معه مال آخر لنفسه قسط
النفقة عليهما على قدر المالين اما على القول بانه انما يستحق الزيادة بالسفر خاصة فان نفقته على نفسه
قال دام ظله ولو اذن له المالك في شراء امة يطأها قيل جاز والاقرب المنع اقول القول بالجواز
قول الشيخ الطوسي في النهاية والقائل بالمنع شيخنا نجم الدين ابو القسم بن سعيد وهو الاقرب عندي والذي

المصنف

المصنف دام ظله الاصح عندي لان الاباحة اما عقد او ملك يمين لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون
الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون
وكلاهما مشروط بالملك فلا يصح قبله لاستحالة تقدم المشروط على الشرط ووجه الاول انه اذن
في الانتفاع فيصح ولدعاء الضرورة اليه قال دام ظله وليس له ان يخلط مال المضاربة بماله الا مع
اذنه فيضمن بدونه ولو قال اعمل برأيك فالاقرب الجواز اقول لانه قد جعل النظر في المصلحة وفعلها موكولا اليه
وربما ادى الخلط للمضاربة في المزج فانه اصلح له فيدخل تحت قوله اعمل برأيك وقيل ليس له ذلك لان ذلك من التجارة
وهو ممنوع فانه قد يكون مصلحتها والاصح الاول قال دام ظله ولو قارض اثنان واحدا وشرطا له النصف
وتفاضلا في الباقي مع تساوي المالين او العكس فالاقوى الصحة اقول ذهب الشيخ في المبسوط والخلاف
وابن ادريس الى بطلان الشركة لبطلان الشرط وقال السيد المرتضى يصح الشركة دون الشرط وهو الظاهر
من كلام ابن الجنيد والادلة قد تقدمت وذهب ابو الصلاح الى صحة الشركة دون الشرط بل يكون
اباحة المطلب الرابع قال دام ظله العامل يملك الحصة من الربح بالشرط دون الاجرة
على الاصح اقول هذا اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف والاستبصار وابن الجنيد وابن حمزة
وابن ادريس وهو الاصح وذهب في النهاية الى ان للعامل اجرة المثل والربح كله للمالك واختاره المفيد
وسلار وابن البراج وظاهر قول ابي الصلاح لنا قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم
وقد حصلت وقوله تعالى اوفوا بالعقود ولرواية الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال المال
الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضيعة شيء الا ان يخالف امر صاحب المال احتج الشيخ
بان النماء تابع للاصل فيكون الربح للمالك ولانها معاملة فاسدة لجهالة العوض والجواب
يمنع فساد هذه المعاملة والجهالة لا تضر لجهالة العمل وكالمزارعة والمساقاة ويمنع تبعية النماء
للاصل هنا قال دام ظله ويملكه بالظهور لا بالانضاض على رأي اقول الذي سمعناه
والدي المصنف دام الله ايامه ان في هذه المسئلة ثلثة اقوال آ انه يملك بمجرد الظهور وهو الاصح
لان سبب الاستحقاق الشرط الصحيح فاذا حصل الربح فليثبت مقتضى الشرط ولانه مملوك لابد له من مالك
وليس رب المال لانه لا يثبت احكام الملك في حقه فليلزم ان يكون للعامل اذ لا مالك سواهما اجماعا ولانه لو لم
يملك بالظهور لم يكن له المطالبة بالقسمة لكن التالي باطل اتفاقا فكذا المقدم والملازمة ظاهرة لصدق

لانه من غير الشريك لذا المطالبة بالقسمة اتفاقا ولانه لو لم يملك بالظهور لم يعتق عليه نصيبه من ابيه
لو اشتراه وظهر ربح لكن التالي باطل فالمقدم مثله اما الملازمة فظاهرة اذ لا مقتضي لها الا ملكه قطعا
واما بطلان التالي فلحديث محمد بن قيس وقد تقدم ولقول الحسن عليه السلام الربح بينهما وهذا يقتضي
عمومه ملكه بمجرد الظهور والاخبار كثيرة متواترة بهذا المعنى واعلم انا اذا قلنا يملك بالظهور نريد به
ملكا غير مستقر فلا يتسلط العامل عليه وليس له التصرف لانه وقاية لرأس المال بمعنى لجبران الخسران فلو حصل
ما دامت المعاملة باقية ب انه يملك بالانضاض لانه قبله غير موجود خارجا بل مقدر موهوم وكل مملوك
موجود خارجا بالضرورة فما دام لم يكن وعلى هذا يثبت له بالظهور حق مؤكد ولهذا يورث عنه واذا اتلف
المالك والاجنبي المال ضمن حصته فان الاتلاف كالقسمة ج انه يملك مستقرا بالقسمة لانه لو ملك قبلها لكان
شريكا في المال فيكون النقصان الحادث شائعا في المال لان الفاضل من المال المشترك يكون بينهما فلما
انحصر في الربح دل على عدم الملك ولانه لو ملكه لاختص بربحه ولان القراض معاملة جائزة والعمل فيها غير
مضبوط فلا يستحق العوض فيها الا بتمامه كما في الجعالة د ان القسمة كاشفة عن ملك العامل لا ان القسمة
ليست بعمل حتى يملك بها بل هي دالة على تمام العمل الموجب لملكه **تذنيب** الاصح عندي انه يستقر ملك
العامل بارتفاع العقد مع نضوض المال والقسمة باجماع الكل وهو نهاية الحال وكذا لو كان قدر رأس
المال ناضا واقتسما الباقي وارتفع العقد والضابط انه كلما ارتفع العقد والربح حاصل ولم يجب على
العامل عمل ولا جبران خسران استقر ملكه **قال دام ظله** ولو تلف مال القراض او بعضه بعد
دورانه في التجارة احتسب التالف من الربح وكذا لو كان قبل دورانه على اشكال **أقول هنا مسائل**
اربع آ تلف بعض المال قبل دورانه في التجارة بلا عوض حصل كان دفع اليه الفين فتلف احدهما وفيه احتمالان
مبنيان على انه مال القراض بالفعل وعلى تفسير الخسران الذي له الربح وقاية في العرف العادي هل هو كالنقص
حصل في مال القراض بعد العامل لامر بفعله وتفريطه او يقيد بعد تصرف العامل بالتجارة او له تعلق بصرف
العامل بحادثة او نشأ من نفس المال الذي اشتراه العامل كالعيب وقد ذهب الى كل تفسير من هذه الثلاثة
قوم فعلى التفسير الاول يجبر من الربح وعلى الاخيرين لا يجبر ولان العقد لم يتأكد بالعمل فالخيرة بالقراض بالفعل
حقيقة ب ان يكون بعد دورانه لا بنقص سوق ولا بعوض بل بآفة كما لو اشترى عبدين فمات احدهما فان قلنا
بالجبر في المسألة الاولى فهنا اولى فان قلنا يتلف من رأس المال في المسألة الاولى فهنا احتمالان احدهما

انه هنا كذلك لانه نقص لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته ولا هو ناش من نفس المال الذي اشتراه العامل ولان
العبدين مثلا بدل الالفين ولا اعتبار بمجرد الشراء لانه بصدد محل التصرف والركن الاعظم في المضاربة هو البيع
لانه يحصل في البيع الربح والحق عندي انه يجبر من الربح لانه تصرف في رأس المال فلا يأخذ شيئا من الربح حتى
يرد المال الذي تصرف فيه الى المالك لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى تؤدي وانما قال على اليد ولم يقل على
الذمة ليشمل ما في الذمة والامانات كالوديعة وهذا الموضع وشبههما ج ان يتلف كل المال قبل دورانه
في التجارة كما لو اذن له المالك في الشراء في الذمة ورأس المال الف فاشترى بالف في الذمة وقبل اقباضه
البائع تلف الالف الذي في يده للقراض والبحث فيه كالاولى واختيار ابن البراج انهما معا رأس المال فتجبر من
الربح ... قال الشيخ في المبسوط وقيده بانه ان كان الشراء قبل تلف الالف قبل الشراء بطلت المضاربة و
اختاره والدي دام ظله في المختلف ان الشراء في الذمة ان كان باذن المالك فهما معا رأس المال والا فان الشراء
للعامل د ان يتلف بعد دورانه في التجارة بان تلف رأس المال بعد شرائه وظهور ربح وبقي قدر الربح والحق عندي
هنا انه يجبر الربح الباقي **قال دام ظله** ولو دفع الفا مضاربة فاشترى به متاعا يساوي الفين فباعه
بهما ثم اشترى به جارية وضاع الثمن قبل دفعه رجع على المالك بالف وخمسمائة ودفع من ماله خمسمائة على اشكال
أقول القائل بملكه بالقسمة لا اشكال عنده في عدم لزوم شيء وعلى القول بالملك بالظهور يحتمل لزومه لانه
شريكه ومن حيث انه لا يستقر ملكه الا بعدم الخسران وهذا الشرط لم يتحقق فلا يؤدي وكذا على القول بملكه
بالانضاض فانه لا يستقر الا بالقسمة لكن ان قلنا بالشركة بالملك بالظهور فهنا اولى ولهذا فرض المصنف
بالانضاض **قال دام ظله** ولو دفع الفا مضاربة ثم دفع اليه الفا اخرى مضاربة واذن في ضم احدهما الى الاخر
الى قوله وان لم يأذن في الضم فالاقرب انه ليس له ضمه **أقول** وجه القرب من حيث انه تصرف لم يأذن فيه المالك
لانه انما اذن في التجارة والضم ليس منها ويحتمل الجواز مطلقا ومنه اذ يجوز شراء نصف سلعة مشاعا باحدهما
والنصف الاخر بالاخر ويستلزم الضم وفيه نظر لاستقامة عصيانه بالغير فانه يجوز ان يشتري نصف سلعة مشاعا
بمال احدهما والاخر بمال الاخر والاصح عندي انه لا يجوز الضم فعلى الجواز لا يضمن به وعلى عدمه يضمن قال
دام ظله وهل يقوم الحساب مقام القبض الاقرب انه ليس كذلك اقول وجه القرب ان حقيقة القبض و
عدم دلالة المحاسبة على الفسخ باحدى الدلالات ويحتمل انه كالقبض لان فائدته تمييز حق المالك من حق العامل
فصار كالقبض والتصحيح عندي الاول لان قبض المالك فسخ فاذا اعاده كان قراضا جديدا واحتاج العقد الى ...

وان كان بعده فالشراء للعامل
والاول البحث اما هو بالاول
لان التلف ...

والحساب ليس كذلك **الفصل الثالث في التفاسخ والتنازع** قال دام ظله
وان انفسخ والمال عروض فان ظهر فيه ربح وطلب العامل بيعه او وجد زبونا يحصل له ربح بحصته عليه
اجبر المالك على اجابته على اشكال اقول الاشكال في المسئلتين اما أ فمنشأوه انا ان قلنا انه لا يملك
الا بالانضاض او القسمة كان له الاجرة فلا يجبر المالك ويحتمل الجبر لانه لا يكون اقل من الجعالة وقد تم العمل
بظهور الربح وفسخ المالك فاستحق الجعل وهو جزء من الربح وانما يتم بالبيع وما لا يتم الواجب الا به يكون
واجبا وان قلنا بالظهور فيحتمل الايجاب لانه يجب ايصاله عوض عمله ويحتمل عدمه لانه ليس اقوى
من الشريك الاصلي والشريك لا يجبر شريكه على بيع ماله فهنا اولى واما ب فمنشأوه من حيث ان ذلك
هل هو ظهور ربح ام لا فقال بعض الفقهاء بالثاني اذ حصول الربح اما بزيادة القيمة السوقية ام الحصول
الشراء بذلك ما نقص ابدل فلا فلا هو رزق ساقه الى مالك العروض والاصح الاجبار فيهما قال دام ظله
ولو طلب المالك بيعه فان لم يكن ربح او كان واسقط العامل حقه منه فالاقرب اجباره على البيع ليرد
المال كما اخذ اقول هنا مسئلتان أ ان لا يكون فيه ربح ووجه القرب قوله عليه السلم على اليد
ما اخذت حتى تؤدي وهو عام فعلى كل احد يؤدي الاداء كما اخذ ويحتمل عدمه لان غرض البيع ان يظهر
الربح ليصل العامل الى حقه منه فاذا لم يكن ربح وارتفع العقد لم يحسن تكليفه تعبا بلا فائدة ب ان يظهر
فيه ربح فاما ان يسقط العامل حقه من الربح او لا فان كان الاول فبناه على مسئلتين احدهما انه هل
يملك بالظهور او لا فان قلنا يملك بالظهور فهل يسقط بالاعراض ام لا يحتمل الاول لانه ليس بملك
موكد بل متزلزل ويتوقف على تمام العمل ويحتمل الثاني لان الاملاك لا تزول بالاعراض فان قلنا
لا يسقط بالاعراض لم يلزم المالك قبول ملكه فيجبر وان قلنا يسقط فبناه على المسئلة الاولى وهي
ان لا يكون فيه ربح والاقرب الاجبار للخبر والثانية انه لا يملك بالظهور فيسقط بالاسقاط كالشفعة
لانه لم يملكه بل استحق ان يملك كالشفيع والحقوق تسقط بالاسقاط وان كان الثاني وهو ان لا يسقط العامل
حقه فان قلنا يملك بالظهور احتمل الاجبار لان المالك لا يلزمه قبول ملكه وعدمه كالشريك والاصح الاجبار للخبر
ولانه ملك بالظهور ملكا متزلزلا ما دام الربح ظاهرا او ناضا فيلزمه عوضه وهو تمام مقتضى العقد لانه
اقتضى الشراء والبيع والاقوى انه يملك بالظهور ولا يسقط بالاسقاط قال دام ظله واذا فسخ المالك القراض
ففي استحقاق العامل اجرة المثل الى ذلك الوقت نظر اقول ينشأ من انه عمل غير متبرع به في مال

المالك وتعذر العوض ولان المالك لم يمكنه من اتمام العمل ان يحصل الربح ومن انحصار العوض في
الربح لان مقتضى العقد انه لا شيء له ان لم يحصل الربح ولم يحصل والاصح ان له الاجرة قال
دام ظله واذا مات العامل فطلب المالك تقرير الوارث على العمل ان كان المال ناضا والا فلا وهل
ينعقد القراض هنا بلفظ التقرير اشكال اقول ينشأ من انه عقد مبتدأ فاعتبر فيه
صيغته المعينة التي وضعها الشارع له والاصح عندي انه لا يصح لان العقد بطل والتقرير
حقيقته في استمرار عقد موجود حين التقرير في المستقبل وليس هنا عقد ومن ان العقود الجائزة لا
تفتقر الى الصيغ كافتقار اللازمة وقد يستعمل التقرير لانه انعقد على موجب العقد السابق قال
دام ظله ولو مات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربة صار ثابتا في ذمته وصاحبه اسوة الغرماء
على اشكال اقول ينشأ من اصالة البقاء وعدم الوجدان لا يدل على العدم وقوله عليه السلم
على اليد ما اخذت حتى تؤدي ومن انه امانة والاصل عدم التفريط ولم نجده بعينه ولان الضرب مع
الغرماء يستلزم الحكم ببقاء المال اذ لولاه لم يضمن لان الاصل عدم التفريط وبعدمه والامانة
ضرب لا يحكم العدم مع التفريط فيكون مبنيا على النقيضين والثاني ممنوع فانا نمنع ان سبب الضمان العدم
مع التفريط بل سببه اما هذا او اشتباهه فيما لم يحث يتعذر تسليمه قال دام ظله فاذا تلف المال
قبل الشراء انفسخت المضاربة فاذا اشترى بعد ذلك للمضاربة فالثمن عليه وهو لازم له سواء علم تلف المال
قبل نقد الثمن او جهله ولو اجاز رب المال احتمل صيرورة الثمن عليه اقول لانه اشترى للمضاربة
والشراء للمضاربة هو الشراء للمالك لانها وكالة في الابتداء ثم تصير وكالة وشركة في الابتداء وشركة
في الانتهاء وقد اجازه المالك لكن لا يكون مضاربة ومن حيث ان المال انما يجب ابتداء على المشتري له فلا
ينتقل الا بعقد مستأنف ولان المضاربة انفسخت بالتلف فصار كما لو اشترى قبل عقد المضاربة
واجاز المالك قال دام ظله وهل يحسب التالف من رأس المال نظر هذا اذا كان المالك اذن
في الشراء في الذمة والا كان الثمن لازما للعامل والشراء له ان لم يجز المالك والا بطل البيع ولا يلزم
الثمن احدهما اقول ينشأ من ان التالف قد تلف بعد الشراء وهو شروع في التجارة فيحسب من رأس
المال ومن انه قد تلف قبل الضرب فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء والاصح احتسابه
من مال المضاربة قال دام ظله والاقرب تقديم قول المالك في الرد الى قوله وفي قدر نصيب

العامل من الربح اقول ذهب الشيخ في المبسوط الى تقديم قول العامل كالودعي لانه امين
ولانه عدمه ملزوم للضرر وقال عليه السلام لا ضرر ولا اضرار ونفي اللازم يستلزم نفي
الملزوم ووجه اختيار المصنف انه مدع فيدخل تحت عموم الخبر وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي
واليمين على من انكر وهو الاصح قال دام ظله ولو اختلفا في قدره فالقول قول العامل مطلقا
على اشكال اقول قوله مطلقا اي سواء ربح المال اولا وسواء تلف بتفريط اولا به والاشكال
ناش من ان المالك يدعي عليه شيئا وهو ينكره ولان المال في يد العامل والقول قول صاحب اليد ويحتمل
انه ان كان هناك ربح كان حكمه حكم الاختلاف في القدر المشروط في الربح لان قدر الربح يتفاوت بواسطة
راس المال فيكون القول قول المالك لان الاصل ان النماء تابع للاصل ولانه يستعد الزائد على ما يدعيه
العامل يدعي المالك انه له والعامل انتقاله عنه بالمعاملة اذ الاصل ان النماء تابع للاصل والاصل
عدم انتقاله عنه وان كان تفريط او نقص عن راس المال فالقول قول العامل لانه الغارم واعترض
على رجوعه الى الاختلاف في الربح بان الاختلاف في القدر المشروط من الربح اختلاف في كيفية العقد و
الاختلاف هنا في المقبوض فيصدق فيه نافيه كما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن والاصح ان القول
قول المالك الا ان يكون هناك تفريط وتلف فالقول قول العامل قال دام ظله ولو ادعى المالك
القراض والعامل القرض فالقول قول المالك فيثبت له مع اليمين ما ادعاه من الحصة ويحتمل التحالف
فللعامل اكثر الامرين من الاجرة والمشروط اقول وجه الاول ان العامل يدعي انتقال المال عن ملكه
والاصل عدمه ووجه الثاني انهما متداعيان لان كلا منهما يدعي عقدا ينكره الاخر والاصل
عدمه وانما كان له اكثر الامرين لانه اذا كان الاكثر نصيبه من الربح فرب المال يعترف له به وهو يدعي
الربح كله وان كان اجرة مثله اكثر فالقول قوله في عمله مع يمينه كما ان القول قول رب المال في ماله
فاذا حلف قبل قوله في انه ما عمل بهذا الشرط وانما عمل لعوض لم يسلم له فيكون له اجرة مثله وهو
الاصح قال دام ظله ولو اقاما بينة فعلى الاول يقدم بينة العامل اقول لان القول
قول المالك فالبينة بينة الاخر وعلى الثاني يتعارض البينتان فيتساقطان ويتحالفان ويكون الحكم
كما ذكره المصنف فيما تقدم قال دام ظله ولو ادعى العامل القراض والمالك الابضاع قدم قول
المالك لان عمله له فيكون قوله مقدما فيه ويحتمل التحالف فللعامل اقل الامرين من الاجرة والمدعى

اقول

اقول وجه الثاني ان كلا منهما يدعي عقدا ينكره الاخر فيكون القول قول المنكر
وانما كان له اقل الامرين لان الاجرة ان كانت ازيد فهو يقر بعدم استحقاق الزائد واقرار العقلاء
على انفسهم جائز وان كانت انقص فالزائد يسقط بيمين المالك وهو الاصح **المقصد السادس في**
الوكالة مقدمة شروع الوكالة ثابت بالاجماع وبفعل النبي عليه السلام فانه وكل
السعاة في اخذ الصدقات وروي انه عليه السلام وكل عروة البارقي في شراء شاة الاضحية
ووكل ابا رافع في قبول نكاح ميمونة وعن جابر قال اردت الخروج الى خيبر فذكرت لرسول الله
صلى الله عليه وآله فقال اذا لقيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقا الحديث وفصوله ثلثة
الاول في اركانها وهي اربعة الاول العقد قال دام ظله واذا فسد العقد لتعليقها
على الشرط احتمل تسويغ التصرف عند حصوله لحكم الاذن وفائدة الفساد سقوط الجعل المسمى والرجوع
الى الاجرة اقول لوجود المقتضي وهو الاذن وانتفاء المانع اذ ليس الا رفع الوكالة ورفع الخاص لا
يستلزم رفع العام فلم يرفع الاذن ولا لازمه بل ملزومه ومن ان الكلي لا يوجد الا في احد الجزئيات
وليس هنا الا الوكالة وقد ارتفعت والاصح الثاني وهو منعه من التصرف مطلقا **الثاني الموكل قال**
دام ظله فلا يصح توكيل الصبي وان كان مميزا او بلغ عشرا مطلقا على راي اقول الموكل
متمكن شرعا او ممنوع بالجهل لا غير من مباشرة فعل يقبل الاستنابة بحق الملك او الولاية القهرية
او بما دونه فيها شرعا ولو بوسائط فنقول الصبي هل يمكن من مباشرة فعل كما ذكر فاختار
المصنف لا واختاره جماعة من اصحابنا فلا يصح توكيله في شيء البتة وقال الشيخ رحمه الله يصح
تصرفه بالعتق والصدقة بالمعروف ثم نقول كل من يصح تصرفه في شيء تدخله النيابة يصح التوكيل
فيه ويلزم جواز توكيل الصبي **لنا** ان مناط التصرفات البلوغ وليس وصغرى الشيخ ممنوعة
قال دام ظله والاقرب انه اذا ارتفاع الوكيل عن المباشرة وتساعده وكونه يعجز عن المباشرة
اذن في التوكيل معنى فحينئذ الاقرب انه توكل فيما زاد على ما يتمكن منه لا الجميع اقول دلالة الاذن الموكل
للوكيل في التوكيل اما لفظية او معنوية والاولى ظاهرة مذكورة في القواعد وهذا الكلام
مقصور على الدلالة المعنوية وهي اقسام **أ** ان يقتضيها شاهد الحال كترفع الوكيل عن مباشرة ما وكل
فيه فانه يدل في العادة والعرف على الاذن دلالة ظاهرة ويحتمل عدم الجواز لان التصرف في مال الغير

خلاف الاصل مبني على الاحتياط التام فيقتصر على ما دل عليه اللفظ بالمطابقة او التضمن او الالتزام
والكل منتف هنا ب اتساع الموكل فيه وعجزه عن المباشرة ولا بد في علم الموكل بعجزه عن مباشرة
الجميع لا عن بعضه فالاقرب جواز التوكيل لثبوت دلالة الاقتضاء فان امره بالتصرف في الجميع واصلاحه
وهو موقوف على الاستنابة وبه قال الشيخ ويحتمل عدمه لان التوكيل غير الفعل والمباشرة وانما امره بالثاني
لا بالاول ولانتفاء الدلالات الثلاث اما المطابقة والتضمن فظاهر واما الالتزام فلامكان انفكاكه
لجواز نهيه عنه والاصح الاول ج على القول بجواز التوكيل مع كثرة الموكل فيه وعجزه عن الكل من حيث
هو كل الاقرب عند المصنف انه لا يوكل في الكل بل فيما زاد على المقدور لان التوكيل انما جاز للحاجة فاختص
بما دعت اليه وهو قول الشيخ الطوسي رحمه الله في المبسوط ويحتمل العموم لجوازها وتخصيص البعض ترجيح
من غير مرجح ولاقتضاء الاطلاق ذلك وهو ممنوع والاصح الاول لانها رخصة وكل رخصة تختص بمحل
الضرورة قال دام ظله وللحاضر ان يوكل في الطلاق على راي اقول منعه الشيخ في النهاية وابن
البراج وابو الصلاح وجوزه ابن ادريس والمصنف لانه فعل يقبل النيابة فصح دخولها فيه والصغرى
ظاهرة لجوازها مع الغيبة وكذا الكبرى لغيرها وللجواز الاطلاق من الحكم باذ نحال السقاق مع
حضوره احتج الشيخ برواية زرارة عن الصادق عليه السلام قال لا تجوز الوكالة في الطلاق وحملها
الشيخ على الحضور وحمل الاخبار المجوزة على الغيبة للضرورة جمعا بين الادلة وفي المستند ضعف لعموم
قوله عليه السلام الطلاق بيد من اخذ بالساق خرج الغائب للضرورة وليس فيه دلالة والاصح الجواز قال
دام ظله والاقرب بطلان الاذن بالاباق اقول وجه القرب دلالة شاهد الحال ويحتمل عدمه لاصالة
البقاء والاصح الاول قال دام ظله فلا يصح وكالة الصبي ولا المجنون والاقرب جواز توكيل عبده اقول
قال المصنف دام ظله الضمير في عبده ليس راجعا الى الصبي او المجنون بل هو راجع الى الموكل اي ويصح ان يوكل
الانسان عبد نفسه لوجود المقتضي وهو الايجاب والقبول وقبول الموكل والوكيل والمحل للاستنابة
وانتفاء المانع اذ ليس الا العبودية وليس مانعا عن التصرف للسند ويحتمل عدمه وان وكالة العبد من باب
الاذن له في التصرف اذ بمجرد امره يجب على العبد الفعل ولا يتوقف على رضاه ولا قبوله ولا يمكن ان يثبت على
المولى للعبد شيء فلا وكالة اذ هي عبارة عن عقد يدل على الاستنابة في التصرف وصلاحيته بثبوت الاجرة او الجعل
والثاني محال والعقد انما يحتاج اليه فيمن لا يمكن ان يوجب رضاه واقوى الوكالة الدائم فعلى هذا اذا باعه او اعتقه

الاقرب الصحة ووقوعها بقوله وكلتك فانه ايجاب وقبول حكما قال دام ظله والاقرب جواز وكالة
الواحد عن المتخاصمين وعن المتعاقدين الى اخره اقول هنا مسئلتان آ هل يجوز ان يوكل خصمه لغيره
عن المتخاصمين في دعوى واحدة في زمان واحد وثبوت كل واحد منهما في ايراد حجته ودافع الاخرى ولا قال
المصنف الاقرب الجواز لوجود المقتضي وانتفاء المانع اما الاول فلان الاصالة الموجبة لجواز التوكيل
عن كل واحد منهما ثابتة فيه والمقصود المامور شرعا اعتماد الحق من الطرفين والاحتياط بالباطل فيمكنه
ايراد حجة كل واحد ودفع الاخرى وقصد الحق ولانه يجوز ان يكون شاهدا لهما فالوكالة اولى ولانه يجوز
ان يتوكل لكل واحد على التفريق فجاز الجمع لعدم التنافي واما الثاني فظاهر ويحتمل المنع لانه لا بد في
ايراد الحجج في المخاصمة من الاستقصاء والمبالغة فيتضاد الغرضان فيه والمأخذ ان الواجب هل هو الاصلح
ام لا وذكر الشيخ في المبسوط فيه وجهين احدهما الجواز لما ذكرناه والاخر عدمه قال وهو الاحوط لما ذكرناه
نحن في وجه المنع بعينه ب هل يجوز ان يتولى طرفي العقد عن المتعاقدين قال الشيخ في المبسوط واما في
تولي طرفي العقد فقد منع بعض الاصحاب من كون الشخص الواحد موجبا قابلا والاقرب الجواز فيهما كما اختاره
المصنف والمأخذ ما ذكرنا قال دام ظله ولو اذن لعبده في التصرف في ماله ثم اعتقه او باعه بطل الاذن
لانه ليس على حد الوكالة بل هو اذن تابع للملك ويحتمل بقاؤه كالوكالة لو اعتقه اقول ان قلنا بصحة وكالته حقيقة
بقيت بعد العتق وهو الاحتمال الذي ذكره وان قلنا انه وكالة ليس وكالة حقيقة بل انما هو اذن
بطلت بالعتق والاصح البقاء الرابع متعلق الوكالة قال دام ظله وفي التوكيل باثبات اليد على المباحات
كالالتقاط والاصطياد والاحتشاش والاحتطاب نظر اقول ينشأ من ان تملك المباحات هل يفتقر
الى النية ام لا وقوى الشيخ المنع من التوكيل في الاحتطاب والاحتشاش وتوقف في احياء الموات وتبعه
ابن ادريس في الجمع بين الحكمين نظر وكان وجه الفرق قول النبي صلى الله عليه وآله من احيى ارضا ميتة
فهي له قضاء من الله ورسوله فلم يعلق الملك هنا باليد بل جعله مسندا الى الاحياء قال دام ظله وفي
التوكيل على الاقرار اشكال فان ابطلناه ففي جعله مقرا بمعنى التوكيل نظر اقول منشأ الاشكال ان الاقرار اخبار
عن حق عليه فلا يلزم الغير بخبر الغير الا على وجه الشهادة وهذا كما لو قال رضيت بما يشهد به علي فلان فانه
لا يلزمه ولان التوكيل في الانشاآت لا في الاخبارات وهو الحق ومنشأ قول اللزوم به الحق فاشبه الشراء وسائر
التصرفات التي يصح فيها التوكيل وجوزه الشيخ في المبسوط والخلاف وقال في المبسوط ومن الناس من قال لا يصح

ثم اختلف القائلون بعدم الصحة فمنهم من قال يكون توكيلا واذنا في الاقرار عنه اقرارا منه لانه

اخبر عن حق عليه لخصمه وقال غيره لا يكون ذلك لان التوكيل في الشيء لا يكون اثباتا لنفس ذلك الشيء كالتوكيل

في البيع لا يكون بيعا وكذلك الامر بالامر لا يكون امرا والحق انه لا يكون اقرارا لان الاقرار اخبار وفي التوكيل

انشاء واللفظ الواحد لا يمكن استعماله فيهما في حالة واحدة لان الاخبار يستلزم احتمال الصدق ومقابله

لانه مسبوق بحقيقة يعتبر مطابقته لها والانشاء يستلزم عدم احتمال الصدق ومقابله لعدم سبق النسبة

فيه ولان الانشاء معلول للفظ والاخبار غير معلول للفظ قال دام ظله ويكفي لو قال عبدا تركيا

وان لم يستقص في الوصف ولو اطلق فالاقرب الجواز اقول المصنف اراد بالاطلاق هنا ان يامره بشراء

عبد ولم يعين صنفه ولا وصفه ووجه القرب ان الوكيل قائم مقام الموكل فيما هو وكيل فيه فاذا

جعله قائما مقامه في شراء عبد واطلق فمعنى جعل الخيار والتعيين اليه فيكون بمنزلة الوكالة المطلقة

فيصح وذهب الشيخ في المبسوط الى عدم الصحة لان فيه غررا ولانه كلما صح التوكيل فيه صح مباشرته

بالفعل اجماعا ويلزمه كلما لا يصح مباشرته بالفعل لا يصح التوكيل فيه وشراء المجهول لا يصح

مباشرته فلا يصح التوكيل فيه والجواب انه لم يوكل في شراء عبد مجهول لانه باطل بل وكله

مطلقا في الشراء العبد بعينه الوكيل عند الشراء والاقرب الصحة لما ذكرناه قال دام ظله ولو قال

بما اولى من كل قليل وكثير فاشكال اقول قال الشيخ في الخلاف والمبسوط لا يصح لان فيه غررا

عظيما لانه ربما لزمه بالعقود ما لا يمكنه الوفاء به وما يؤدي الى ذهاب ماله وايضا فلا دليل على صحة

هذه الوكالة في الشرع وقال في النهاية اذا شرط في الموكل ان يكون الوكالة عامة قام الوكيل مقام

الموكل على العموم وبه [illegible] وهو قول المصنف وسلار وابن البراج لان كل فعل من الافعال

التي يدخلها النيابة يصح التوكيل فيه بالخصوصية والاندراج فجاز ان يندرج تحت العموم لتناوله

الجزئيات بالسوية وتصرف الوكيل منوط بالمصلحة والحق اختيار الشيخ في الخلاف قال دام ظله

ولو قال اشتر عبدا بما شئت او عبدا تركيا فالاقرب الجواز اقول وجه القرب ان الوكالة لا يشترط فيها

استقصاء الغرض من كل وجه للمسامحة فيها لعموم الحاجة ولانه جعل نظره كنظره ورضي بما يرتضيه

فيصح كالوكالة المطلقة ويحتمل عدمه للغرر فالاصح الاول **الفصل الثاني في احكامها**

قال دام ظله ولو حصر من يرجع على ثمن المثل فالاقرب انه لا يجوز بيعه بثمن المثل اقول وجه القرب

اسعاء

اسعاء غبطة الموكل وحصر تصرف الوكيل في الغبطة ويحتمل الجواز لاطلاق الاصحاب الاطلاق (انصراف)

الى ثمن المثل والاصح الاول قال دام ظله ولو حصر في مدة الخيار ففي وجوب الفسخ اشكال

اقول منشاؤه من وجوب مراعاة الغبطة ومن صحة البيع بثمن المثل والاصح الاول لانه يجب مراعاة

الاصلح هنا قال دام ظله وله ان يبيع على ولده وان كان صغيرا على راي اقول هذا هو المشهور

لانه ملكه البيع بعوض مطلق ولانه امتثل امر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز ولانه

باع بالثمن الذي لو باع به من اجنبي صح وخصوص الشخص ليس بمقصود وقال الشيخ في المبسوط وقطب الدين

الكيدري ليس له ذلك لمجرد التهمة ولقوله عليه السلام [illegible] وتمالك [illegible] ولانه يكون موجبا قابلا والاصح

الجواز قال دام ظله ولا يملك الابراء من الثمن ولا قبضه لكن هل له ان يسلم المبيع من دون احضار الثمن

اشكال الاقرب المنع فيضمن لو تعذر رجوعه من المشتري اقول منشاؤه من ان موجب البيع ومقتضاه

تسليم المبيع الى المشتري اولا والوكيل نائب عنه فيثبت عليه ما يجب على الموكل ومن منع وجوب تسليم المبيع

اولا بل معا ووجه القرب وجوب الاحتياط على الوكيل وحفظ مال الموكل ودفعه اولا تغرير بالمال

بالمال وهو الاصح قال دام ظله وله الرد بالعيب مع الاطلاق ومع التعيين اشكال اقول

منشاؤه من انه بالتعيين قد قطع اجتهاده منه ولعله قد امره بشرائه مع علمه بعيبه ولانه امره بادخال

هذا العبد في ملكه والرد يضاده والوكيل في شيء لا يلزم ان يكون وكيلا في مضاده ومن ان الشراء

ملزوم لجواز الرد بالعيب وقد ملكه الملزوم فيملك اللازم وايضا قد يتعلق الغرض بشراء هذا العبد

سواء كان صحيحا او معيبا وقد يتعلق الغرض بشراء هذا العبد مع قيد الصحة والتوكيل يحتمل لهما

فترجيح احدهما ترجيح بلا مرجح والاصل عدم العلم بالعيب فيجب التوقف فيها اشكال والاصح

انه لا يملك الرد الا بامره قال دام ظله ولو قال اشتر شاة بدينار فاشترى شاتين ثم باع احديهما

بالدينار فالوجه صحة الشراء ووقوف البيع على الاجازة اقول يعني لو تساوت قيمة احديهما

دينارا وصحة الشراء مذهب الشيخ في الخلاف لما روي ان النبي عليه السلام عرض له جلب فاعطى عروة

البارقي دينارا ليشتري به شاة للاضحية فاشترى به شاتين ثم باع احديهما بدينار فجاء الى رسول الله

صلى الله عليه وآله بشاة ودينار فقال هذه الشاة وهذا دينار كم فقال له النبي عليه السلام كيف

صنعت فذكر له ما صنع فقال عليه السلام بارك الله لك في صفقة يمينك ولانه زاده خيرا وانما توقف

البيع على الاجازة فلانه باذن له فيه والاصح انه يقف على الاجازة قال دام ظله ولو امر
بشرا سلعة معينة فاشتراها فظهر فيها عيب فالاقرب ان للوكيل الرد بالعيب اقول وجه القرب
اقتضاء العقد له وقد ملكه الوكيل العقد كالموكل ويحتمل عدمه لما تقدم قال دام ظله ولو وكله
على الصلح عن الدم على خمر ففعل حصل العفو ولو صالح على خنزير فاشكال اقول ينشأ من المخالفة
ومن انه امره بالصلح على غير عوض مملوك والخنزير مساو له في ذلك فكذا في الاول فالاقوى عدم الصحة للمخالفة
قال دام ظله ولو وكل اثنين في الخصومة ففي انفراد كل منهما اشكال اقول قال ابن الجنيد يجوز
الانفراد لانه بمعنى اقراره عليه ولا هو تصرف في مال او حق مالي وبعض الاجماع على الخصومة ومن حيث عدم
جواز تعدي ما حده الموكل والاصح عدم الجواز قال دام ظله ولو اذن لعبده في عتق عبيده وتدبيرهم
في اداء ماله او حبسهم او لزوجته في طلاق ضرائرها فالاقرب دخول المأذون اقول قال الشيخ في
المبسوط اذا وكله في ابراء غرمائه لم يدخل هو في الجملة وكذلك في حبس غرمائه ومخاصمتهم وكذلك اذا وكله
في تفريق ثلثه في الفقراء والمساكين لم يجز له ان يصرف الى نفسه منه شيئا وان كان فقيرا او مسكينا لان
المذهب الصحيح ان المخاطب لا يدخل في امر المخاطب اياه في امر غيره فاذا امر الله تعالى نبيه بان يامر امته ان
يفعلوا كذا لم يدخل هو في ذلك الامر واعلم ان الامر اذا تعلق الامر بكلام غيره وكان مخاطبا والصيغة
مثل قول النبي صلى الله عليه وآله قال الله تعالى يا ايها الناس افعلوا كذا او بكلام نفسه بصيغة يدخل
فقد بين في الاصول ان الاقوى دخوله مع ان هذا ليس امرا ووجه القرب وجود المقتضي وهو عموم الصيغة
وانتفاء المانع اذ ليس الا اتحاد المشتري والمشتري وليس بمانع لعدم منافاته والتغاير بالاعتبار كاف
في النسب

المطلب الثالث في حكم المخالفة

قال دام ظله اذا خالف في الشراء فان اشترى في
الذمة ثم نقد الثمن صح ان اطلق ويقع له ان لم يجز الموكل فان اجاز فالاقرب وقوعه له اقول الوكيل
اذا خالف الموكل في جنس الفعل او صفته المقصود فانه يكون فضوليا فيما فعله كما اذا وكله في
الشراء بثمن فزاد عليه واشترى في الذمة فاما ان يذكر البائع في الايجاب وهو في القبول الموكل ولا فان كان
الاول كان فضوليا فيه وحكمه حكم شراء الفضولي وان كان الثاني فان لم يضفه الى غيره بنيته وقصده وقع الشراء
له ظاهرا وباطنا بلا اشكال وان اضافه اليه في نيته فاما ان لا يجيزه الموكل او يجيزه فان كان الاول وقع
الشراء للوكيل لان الخطاب في قوله بعتك متوجه اليه والجواب بقوله قبلت او اشتريت اضافة الى نفسه

ظاهرا

ظاهرا ولم يوافق اذن الموكل فلغت النية وان اجاز الموكل هل يقع له اي للموكل قال المصنف الاقرب
نعم لانه فعل فضولي هو اهل لنفس الصيغة اجازة من له الاجازة وكلما كان كذلك وقع
للمجيز والاولى ضرورية والثانية مسلمة عند المصنف البحث على تقديرها وانما قال الاقرب
خلافا لمن ابطل فعل الفضولي ولان كلما وقع له البيع مع الاجازة يكون البيع قبلها موقوفا
عليها ويبطل ان لم يجز في نفس الامر وهنا ليس كذلك لانه حكم على تقدير عدم الاجازة بوقوع
البيع للوكيل في نفس الامر والا لما حصل الجزم بشيء من العقود ولهذا اقدم المصنف البحث
عن عدم الاجازة على البحث عنها وعندي في وقوع البيع للوكيل في نفس الامر مع عدم الاجازة
نظر لانه اضافه الى غيره ونفاه عن نفسه فكيف يقع له في نفس الامر بل الحق انه وقع في الظاهر
للوكيل والبائع لم يكلف الا بالاحكام الظاهرة ووقع للوكيل والا لزم تكليف ما لا يطاق واما مع الاجازة
فالحق عندي انه يقع للموكل بالنسبة الى الوكيل لا الى البائع الا ان يصدقه ويرضى به هذا
تحقيق هذه المسئلة قال دام ظله ولو اذن في تزويج امراة فزوجه غيرها او زوجه بغير
اذنه فالاقرب الوقوف على الاجازة اقول من قال ببطلان عقد الفضولي في النكاح لانه لا يمكن
وقوف النكاح على الاجازة قال ببطلانه هاهنا لان ذكر الزوج شرط في النكاح لقصد اعيان
الازواج بخلاف البيع ومن قال بالصحة ووقفه على الاجازة وقفه هنا والاصح البطلان قال
دام ظله والاقرب الزام الوكيل بالمهر او نصفه اقول قال الشيخ في النهاية يلزم الوكيل
المهر لانه غرها وقال في المبسوط يثبت نصف المهر وبه قال ابن ادريس ثم قوى بعد ذلك ما قاله
الشيخ في النهاية احتج الشيخ على الاول بان المهر يثبت بالعقد ولا ينتصف الا بالطلاق
ولم يحصل فيجب الجميع وعلى الثاني بما رواه عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام في رجل قال لآخر
اخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قاولت من صداق وضمنت من شيء وشرطت فذلك رضا لي وهو لازم
لي ولم يشهد على ذلك فذهب فخطب وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه فلما رجع
اليه انكر ذلك كله قال يغرم لها نصف الصداق وذلك انه هو الذي ضيع حقها الحديث وقال بعض
علمائنا لا مهر على الوكيل للاصل ولانه لم يفوت عليها شيئا وقيل اذا انكر الموكل الوكالة فالقول
قوله مع اليمين فاذا حلف بطل العقد ظاهرا ولا مهر ثم الوكيل ان كان صادقا وجب على الموكل طلاقها

ونصف المهر وهذا هو الاقوى وسياتي البحث في هذه المسئلة قال دام ظله اما لو عرفت المراة
انه فضولي فالوجه سقوط المهر مع عدم الرضا اقول لما بين ان مدعي الوكالة اذا زوج من
زعم انه موكله نيابة ولم يثبت يلزمه نصف المهر بين في هذا الكلام شرط لزومه وهو
ان يكون المراة جاهلة بانه فضولي ولو علمت انه فضولي لم ترجع عليه بشيء لانها التي ضيعت والقائلون
بلزوم المهر او نصفه للوكيل اطلقوا القول باللزوم ولم يشترطوا جهلها والحق اختيار المصنف
هنا **المطلب الرابع في الضمان قال دام ظله** ولو وعد بالرد ثم ادعاه قبل الطلب لم يسمع
منه الا ان يصدقه الموكل وفي سماع بينته بذلك اشكال اقول اذا طلب الموكل من الوكيل العين
التي له في يده فوعد الوكيل بردها اليه ثم ادعى تلفها قبل الوعد لم يسمع دعواه لانها مناقضة لقوله
الاول ولزمه الضمان واذا قام بينة على دعواه ففي سماع بينته اشكال ينشا من مساواة البينة اقرار
الخصم ولو اقر الموكل بالتلف قبله قبل ولم يضمن فكذا البينة ومن انه بوعده بالرد كذب هذه البينة
ليناقض الوعد بالرد ودعوى التلف قبله وكلما كذب المشهود له شهوده لم تسمع بينته ولان كل بينة لا بد
لها من دعوى فانها تستدعي تقدم دعوى من يقيمها فاذا لم يسمع الدعوى لفسادها فهي كالمعدومة
فتبقى البينة من غير دعوى وهو باطل والتعليل بالتناقض اقوى لان سماع البينة على هذا التعليل
لتبرعها بالاداء فهو تعليل بعدم شرط يمكن وجوده ولسماعها عند حاكم آخر على القول به والتعليل
بالتناقض تعليل ببطلانها من اصلها والاصح عندي بطلان بينته ويحتمل عود الضمير في قوله ثم ادعاه
الى الرد والتقرير كما سبق والتناقض هنا اظهر قال دام ظله ويستقر الضمان على الوكيل
والاقرب ضمان المأذون فيه اقول اذا امر شخص آخر بقبض دينار من جملة مال له الذي اودعه عند
زيد مثلا وامر المودع بتسليم الدينار اليه فسلم اليه المودع دينارين مثلا وكل منهما عالم بالزيادة ضمن
الدينار الزائد كل واحد من الدافع لتعديه بدفعه والقابض لتعديه بقبضه وهل يضمن القابض الدينار
المأذون فيه قال والدي المصنف الاقرب ذلك ووجه القرب انه انما امره بقبضه منفردا غير مختلط فلم
يفعل المأذون فيه فقبضه هذا غير مأذون ويحتمل عدمه للاذن في قبضه والخلط لا يمنعه والاصح
الاول قال دام ظله ولو كان وكيلا في قضاء الدين ولم يشهد ضمن على اشكال اقول قال الشيخ
في المبسوط يضمن اذا دفع في غيبته لانه امره بقضاء مبرئ ظاهرا وباطنا ولم يفعل ذلك ولان الاشهاد

حفظ مال الموكل وفي تركه تعريض للتلف ويحتمل عدمه لانه امره بالقضاء وقد فعل والجاحد
غاصب والاصح الاول قال دام ظله ولو تلف المبيع في يد الوكيل بعد ان خرج مستحقا طالب
المستحق البايع او الوكيل او الموكل الجاهلين ويستقر الضمان على البايع وهل للوكيل الرجوع على الموكل
اشكال اقول الوكيل في شراء عين شخصية اذا قبض المبيع وتلف في يده ثم ظهر استحقاقه لغير
البايع فللمستحق مطالبة البايع بقيمة المبيع او مثله لانه الغاصب والوكيل بقبضه لقبضه مال
الغير بغير اذنه وحصول التلف في يده وهي يد ضمان وعلى الموكل لان الوكيل سفيره ويده يده فيتخير
المستحق في مطالبة ايهم شاء ويستقر الضمان على البايع مع جهل الوكيل والموكل قطعا وهل يرجع الوكيل
على الموكل لو رجع المستحق عليه على هذا التقدير اي على تقدير جهلهما قال المصنف فيه اشكال
ينشا من ان الموكل غار والوكيل مغرور والمغرور يرجع على الغار دون العكس ومن انه
بظهور فساد العقد بالاستحقاق صار الوكيل قابضا ملكا لغيره بغير حق وحصل التلف في يده والموكل
غير قابض ولا متلف مباشرة ولا تسبيبا والاصح الاول **المطلب الخامس في الفسخ قال دام ظله**
ولو قبض الثمن لم يكن مضمونا فان رد المبيع عليه بعيب عاد الضمان لانفساخ العقد المزيل له على اشكال
اقول منشأه انه قبض مبتدأ ولاستحالة اعادة المعدوم عند ابي الحسين وكثير من نفاة المعتزلة
ولم يوجد ما يوجبه واستحالة الحدوث من غير سبب وهو الاصح لان بالدفع الى المشتري برئ واليد
المتجددة ليست عادية قال دام ظله وبعزل الموكل له سواء علم العزل ام لا على راي اقول شرط ابن
الجنيد في انعزاله علمه لاستحالة تكليف الغافل لانه حكم شرعي والحكم الشرعي لو لزم المكلف قبل علمه
لزم تكليف الغافل ولانه يخرج وقواه الشيخ في الخلاف وشرط في النهاية وابو الصلاح وابن البراج
وابن حمزة وابن ادريس وقطب الدين الكندري العلم او الاشهاد احتج ابن الجنيد برواية هشام
بن سالم عن الصادق عليه السلام انه قال ان الوكيل اذا وكل ثم قام عن المجلس فامره ماض ابدا والوكالة
ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه او يشافهه بالعزل ووجه اختيار المصنف هنا
ان قضية الجواز من الطرفين بطلانه بالفسخ مطلقا ولانه لولاه لكانت لازمة في ذلك الوقت و
بطلان التالي يستلزم بطلان المقدم ولانه لو اعتق العبد الذي وكل على بيعه او عتقه لانعزل
وكذا الوقاعة فاذا لم يعتبر العلم في العزل الضمني ففي صريح العزل اولى وفيه نظر الفرق بعدم

القائل في الضمني ضرورة ولا يراد انه هنا بعدم شرط الفاعل لانا نقول المسلم هو مصادرة على
المطلوب قالوا لو جاز بغير الاعلام لجاز الفسخ بغير الاعلام لانه رفع جواز فعل ما وكل فيه بعد ثبوته
بدليل شرعي متاخر عن دليل ثبوته وهو شرعي ايضا قلنا الفسخ تكليف والوكالة ليس بتكليف فان الوكيل
لا يجب عليه امتثال امر الموكل فلا تتم الملازمة والعلم هنا بالسبب فلا يعتبر تعيينه والوجه عندي الاول
قال دام ظله ولو وكله في بيع عبده ثم اعتقه عتقا صحيحا او باعه كذلك بطلت الوكالة ولا تبطل
مع فساد بيعه او عتقه مع علمه ومع جهله اشكال اقول ينشأ من انتفاء السبب من القصد
الى التسبب للعزل لجهله بما نطقه سببا وذلك كاف والتحقيق ان قصد التسبب هل يستلزم قصد المسبب الحق
ذلك مع العلم بالسببية لجهله ان كان بالفساد مع علمه بسببية الصحيح للعزل وان كان جاهلا بالسببية
لم ينعزل لانه لم يقصد بذلك العزل ولا اوجد سببه هكذا قال المصنف نعم ما قال قال دام ظله والاقرب
في التدبير الابطال اقول لانه ابقاء للملك الى بعد وفاته ثم ينتقل بالوفاة وهو تضاد نقله عنه واثبات
الشيء يستلزم ابطال ضده ويحتمل عدمه لعدم لزومه ولعدم منافاته ملك البيع والمتقدم الوكيل والموكل
والاصح الاول قال دام ظله ولذا تصرف بالاذن مع جهل الموكل ومع علمه اشكال اقول الوكالة
جائزة من الطرفين فاذا عزل الوكيل نفسه انعزل والوكالة شيء تركب من الاذن العام في الفعل ومن الخصوصية
التي تميز بها عن باقي اقسامه والعزل يقتضي رفع الوكالة وهو لا يستلزم رفع جميع اجزاء المركب فالاذن
الصادر من الموكل باق بعد العزل ان كان الموكل جاهلا بعزل الوكيل نفسه وان علم بعزل الوكيل نفسه
فمع بقاء الاذن ومن وجود مطلق رضا الموكل بفعله واذنه فيه ولم يوجد ما يرفعه من طرفه والاصل
بقاء ما كان على ما كان بخلاف عزل الموكل فانه يدل على رفع الاذن عرفا دلالة ظاهرة قال دام ظله
ويحد الوكالة مع العلم بها ردها على اشكال اقول ينشأ من انه حكم بعدمها دائما وهو ابلغ ومن ان
الرد يستلزم الاقرار بعقد ورفعها والانكار ينافيه ومنافي اللازم مناف للملزوم فلا يكون نصا فلا يستلزمه
ولانه يعلم بطلانه بهذا الكلام فلا يؤثر وهو الاصح قال دام ظله وفي كون انكار الوكيل الوكالة
فسخا نظر اقول ينشأ من ان انكار الوكيل الوكالة انكار لما يتوقف عليه وجودها والفسخ كذلك
فسخ الوكالة يتوقف على الفسخ فلو كان فسخا اجتمع النقيضان ولان الفسخ اقرار بها فلو كان الانكار فسخا لكان
الانكار اقرارا هذا خلف ومن انه قد نفاها مطلقا فيقتضي الحكم بنفيها في المستقبل وهذا معنى

الفسخ

الفسخ ولان ابقاء فرع الوجود فرفع الاصل يستلزم رفع الفرع والاصل الاول **الفصل الثالث**
في النزاع وفيه بحثان الاول فيما يثبت الوكالة قال دام ظله ولو شهد احدهما انه وكله
في بيع عبده وشهد الاخر انه وكله في بيع عبده مع جاريته فقد ثبت وكالة العبد فان شهد باتحاد
الصفقة فاشكال اقول ينشأ من حيث تناول الشهادة على الوكالة في بيع العبد ولا يمنع انفراد
احدهما في الزيادة واتحاد الصفقة زيادة ومن التنافي والحق الثاني لانه كلما توقف على مجموع
متنافيين كان الحكم محالا والحكم بالبينة موقوف على صحة مجموع الشهادتين وهما
متنافيان فان احدهما يشهد ببيع العبد وحده والاخر ببيعه وحده قال دام ظله وكذا
لو شهد بالوكالة وحكم بهما الحاكم ثم شهد احدهما بالعزل يثبت الوكالة دون العزل والاقرب
الضمان اقول لانه الا وحصل بشهادته ومن عدم الحكم بالكذب وعدم الرجوع **البحث الثاني**
في صورة النزاع قال دام ظله ولو زوجه امراة فانكر الوكالة ولا بينة حلف المنكر والزم
الوكيل المهر وقيل النصف وقيل بطل العقد ظاهرا ويجب على الموكل الطلاق والدخول مع صدق
الوكيل نعم لو ضمن الوكيل المهر فالوجه وجوبه اجمع عليه ويحتمل نصفه اقول الاول قول الشيخ
في النهاية وابن البراج وقطب الدين الكيدري لانه اقرار اخرج بضعها عن ملكها بعوض لم يسلم
لها فكان عليه الضمان فانه كالمقر باخراج ملك عن غيره بعوض لم يسلم له لتفريطه ضمنه
والثاني قوله في المبسوط لرواية عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام وقد تقدم واختاره
ابن ادريس واما مع ضمان الوكيل فالوجوب ظاهر ووجوب الجميع لانه عقد صحيح لم يتعقبه
الطلاق بل هو اولى في عدم وجوب الزائد لانه لم يحكم الشارع بثبوته ابتداء والاصح النصف
وقد ذكر المصنف هذه المسألة فيما تقدم واختار فيما تقدم ضمان الوكيل لكنه
لم يذكر النصف والكل وههنا قد اختار ان كان الوكيل قد ضمن المهر احتمل
وجوب كله ويحتمل نصفه وقد ذكرنا الوجهين والثالث ونقله شيخنا نجم الدين
بن سعيد رحمه الله قال دام ظله وكذا لو كان الحق دينا على اشكال اقول اذا كان
لغائب دين على حاضر فحضر زيد وادعى انه وكيل الغائب في استيفاء الدين من المديون
فصدقه المدعى عليه لم يؤمر بالتسليم اليه على اشكال ينشأ من انه اقر بحق الاستيفاء فيلزمه

الذفع كما لو اقر انه وارثه ومن حيث انه تسليم لا يبرأ به فلا يجب كالعين وكما لو اقر انه هذا
وصي الطفل والاول قول ابن ادريس والثاني قول الشيخ في الخلاف وهذه المسألة مبنية على ان من عليه
حق هل له الامتناع من ادائه حتى يشهد ام لا فان قلنا به لم يلزم بالدفع فانه اذا لم يلزمه الدفع
الذي لا يبرئ في ظاهر الحال المالك فاولى في وكيله وان لم نقل لزمه الدفع والاقوى عندي عدم الزام الحاكم
بالاداء لانه اما ان يأمره باداء مال الغائب او مال نفسه والاول محال والا لزم الحكم
على الغير باقرار غيره والثاني محال لانه انما يدفع مال الغائب ولانه اقر بالاعم من وجوب التسليم ولا
يلزم من ثبوت الاعم ثبوت الاخص ويتفرع على ذلك انه اذا انكر لم يستحق احلافه اما العين
فلا يلزم بالدفع اليه قطعا لان حق الغائب منحصر في العين والدين امر كلي لا يتعين بالدفع الى المدعي
قال دام ظله ولو ادعى احالة الغائب عليه فصدقه احتمل قويا وجوب الدفع اليه اقول
لانه مقر له بحق في ذمته فيقبل بالنسبة اليه وليس بعين ومن حيث انه اقرار على مال الغير والاصح
لانه اقر باستحقاقه فيستوفي كالوكيل فاقراره باستحقاقه ليس على مال الغير ولم يقر له بما له
في ذمته بخلاف هذا فانه يستوفي لنفسه واقر باستحقاقه المال وعلى الاول له احلافه قال
دام ظله ولو قال الغريم للوكيل لا يستحق المطالبة لم يلتفت اليه لانه تكذيب للبينة ولو كان
على اشكال اقول ينشأ من انه عدم الاستحقاق وقد يكون بالابراء او العزل وقد يكون
بغير ذلك فهو اعم من تكذيب البينة والعام لا يستلزم الخاص ومن انه مناف لمقتضى البينة لانها
يقتضي استحقاقه فلا يسمع قوله بغير حجة قال دام ظله فان قال الوكالة الجارية لي فقد بعتكها
او قال الموكل ان كنت اذنت لك في شرائها بالعين فقد بعتكها فالاقرب الصحة لانه امر واقع
يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا اقول ويحتمل ضعيفا عدمه لانه شرط ولانه اقر باستحقاقه
فعلوا البيع على شرط كاذب عنده فالبيع باطل بزعم العاقد ويسمع الحاكم لاستيفاء الغرامة والحق الاول
قال دام ظله فلو ادعى الوكيل رد العين او ثمنها قدم قول الموكل على رأي وقول الوكيل
ان كان بغير جعل على رأي اقول الاول اختيار ابن ادريس للاصل والخبر والثاني قول الشيخ في
المبسوط وابن البراج لان الوصي لا يقبل منه دعوى الرد الا ببينة فكذا الوكيل لما ذكرناه اياه في المعنى
المقتضي لذلك اما الاولى فلقوله تعالى واذا دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم ولو كان

مسالة

قوله

177

قوله مقبولا لما امر بالاشهاد واما الثانية فظاهرة لانهما امينان قبضا المال لنفع المنوب والعدم
الفارق واجيب بان الامر للارشاد او الندب والثانية ممنوعة والقياس باطل واتحاد طريق
المسئلتين ممنوع وعدم الفارق ايضا ممنوع وعدم الوجدان لا يدل على العدم ولانه قبض المال
لمنفعة غيره دون منفعته فهو كالمودع والاقوى الاول قال دام ظله ولو ظهر في المبيع عيب
رده على الوكيل دون الموكل لانه لم يثبت وصول الثمن اليه والاقرب رده على الموكل اقول
قال الشيخ رحمه الله اذا ظهر في المبيع عيب رده الى الوكيل دون الموكل لانه لم يثبت وصول الثمن اليه وقال
المصنف الاقرب انه يرجع الى الوكيل ووجه القرب انه ملكه والوكيل نائب عنه في البيع وقبض
الثمن ولان المشتري امره بدفع الثمن الى البائع وقد فعل ما امره فلا يضمن والبحث انما هو مع ثبوت
الوكالة شرعا والاصح عندي اختيار المصنف وقول الشيخ وتعليله ضعيفان قال دام ظله
ولو اقر بقبض الدين من الغريم قدم قول الموكل على اشكال اقول ينشأ من انه ملك شيئا فيملك الاقرار
به ومن حيث انه اقرار في حق الغير والاصح الاول والا لزم الضرر وهو منفي بالخبر ولانه حرج وهو
منفي بالاية ولانه اقامه مقام نفسه في القبض فيكون الوكيل كهو فكذا اخباره به المقصد
السابع في السبق والرماية وفيه بابان الاول في السبق قال دام ظله
والسابق هو المتقدم بالعنق والكتد وقيل بالاذن وهو المحكي اقول الكتد بفتح التاء
وكسرها والاشهر الاول وهو مجتمع الكتفين من اصل العنق والظهر والقول الاول هو المشهور
عند الجمهور من اصحابنا وهو اختيار ابن ادريس والمصنف وهما تابعان للشيخ الطوسي في ذلك والقول
بالاذن هو قول ابن الجنيد فانه قال الخط في النهاية حظ معترض فاذا خرج من الخيل بطرف اذنيه
قبل صاحبه حكم لصاحبه بالسبق وكذلك الرواية عن امير المؤمنين عليه السلام اداها عن رسول الله
صلى الله عليه وآله والضمير في صاحبه الاخير يرجع الى الفرس اي صاحب الفرس وقول الشيخ هو الاصح
احتج ابن الجنيد بقول النبي عليه السلام بعثت والساعة كفرسي رهان كاد احدهما ان يسبق
الاخر باذنه والجواب انه مجاز ثم رد الشيخ قول ابن الجنيد بان احد الفرسين قد يرفع عنقه
قليلا وكان هو السابق كان اذن الاخر اسبق وفي هذا الباب مطلبان الاول في الشرائط
قال دام ظله الى العقد ولا بد فيه من ايجاب وقبول وقيل انها جعالة يكفي فيها الايجاب وهو البذل

اقول المسابقة بذل عوض في مقابلة عمل صاحبه في الركض والرمي فصاحبه اجير له وهو المستاجر ولاشتراط علم المعقود عليه من الجانبين وفيه نظر لانه مشترك بينهما قال دام ظله ولا يصح المسابقة بالطيور الى قوله وفي تحريم هذه مع الخلو عن العوض نظر اقول ينشأ من قوله عليه السلم لا سبق الا في نصل او خف او حافر روي بسكون الباء وبفتحها فعلى الاول نقول اختلف الاصوليون في نفي الفعل فقيل يضمن نفي المشروعية لانها اقرب الى الحقيقة وقيل يكون محتملا لنفي المشروعية ولنفي الفضيلة فعلى هذين القولين يحرم اما الاول فظاهر واما الثاني فللاحتياط ولانها منشأ التقاتل والمنازعات وقيل يضمن نفي الفضل فلا يدل على التحريم وبقي اصل الاباحة ونقل انه عليه السلم فعل المسابقة بالقدم وعلى الثاني وهو فتح الباء يدل على تحريم العوض لا على تحريمها والاصح الاول لان السياق لا ستعداد الجهاد ولكن هنا وفعل النبي للمسابقة بالقدم ممنوع لضعف سنده قال دام ظله ولو شرطا المال لمن يسبق في وسط الميدان فاشكال اقول ينشأ من انه لو اعتبر السبق في خلال الميدان لاعتبر السبق بلا غاية معينة فانه اذا سبق في وسط الميدان لم يجب التمام حينئذ الى الغاية فيكون الغاية احدهما لكن الثاني باطل لانها معاوضة لم ترد هذه الجهالة فيها فيقتصر على ما جعله الشارع سببا ولانه عليه السلم سابق من الحفيا الى ثنية الوداع على الخيل المضمرة ومن الثنية الى مسجد بني زريق على الخيل الغير المضمرة فعين المبدأ والمنتهى ومن ان الغاية من السبق الى الغاية وحصول الغرض والاول اصح لان من الخيل ما يقوى سيره في الابتداء ثم يضعف وصاحبه يبغي قصر المسافة ومنها ما يضعف سيره في الابتداء ثم يقوى وصاحبه يبغي طول المسافة ويختلف الغرض فلا بد من تعيين المبدأ والمنتهى وسميان بالاعلام ليقطع النزاع كالاجرة قال دام ظله ولو تسابقا بجنسين او صنفين فالاقرب الجواز اقول لتساويهما في اسم الجنس او الصنفين ومن حيث تباعدهما وتباينهما في السبق كالعربي والبرذون قال دام ظله ويجوز جعل العوض للسابق منهما الى قوله وهل يجوز جعله للمصلي لو كانوا ثلثة نظر اقول النص على انه لا يجوز جعله للمسبوق اذ الفائدة التحريض على السبق لا على عدمه ويجوز للسابق وقد اجتمعا في المصلي اذا كانوا ثلثة فان كل واحد يسبق ولا يتاخر حذرا من خلوه من كونه سابقا او مصليا فيحصل الغرض ولاصالة الجواز والاصح انه لا يصح لان المجعول عليه حينئذ ضد السبق قال دام ظله وكذا الاشكال في جعل وسط العسكر اقول من حيث ان كل واحد

يسبق في تحصيل الاكثر فلا ناقض الغرض ومن ان حصوله يقتضي تكاسله عن المبالغة في السبق وهو مناف لغرض المسابقة والاصح عدم الصحة قال دام ظله والاقرب عدم اشتراط التساوي في الموقف اقول للاصل ولزيادة حرص المتاخر وامكان السبق معه ويحتمل عدمه لانه مع التفاوت لا يعرف فروسية الفارس وجودة سير الفرس لاحتمال كون السبق لقصر المسافة **المطلب الثاني في الاحكام قال دام ظله** عقد المسابقة والرماية لازم كالاجارة وقيل جائز كالجعالة وهو الاقرب اقول الاول قول ابن ادريس لعموم اوفوا بالعقود والثاني قول الشيخ في المبسوط والخلاف لانه صيغة الجعالة ولانها لو لزمت لبطلت لعدم تحقق القدرة على تسليم المعقود عليه وكل عقد لازم على ما لا يتحقق القدرة على تسليمه فهو باطل وبطلان التالي يدل على بطلان المقدم واللام للعهد والمراد العقود اللازمة وهو الاصح قال دام ظله ولو مات الفارس فللوارث الاتمام على اشكال اقول لان العقد يتناول شخصا معينا وقد فات لانه مات فيبطل ومن ان حقوق الميت تنتقل الى الوارث لعموم الاية والا لما صح قوله والاقوى عندي البطلان لانه وقع بين الفارس والفرس واختيارهما قال دام ظله فللمناضل الفسخ لا المفضول على اشكال اقول هذا فرع على كونها لازمة او جائزة فنقول اذا قلنا بجوازها فلكل الرجوع قبل الشروع وبعده قبل ظهور فضل احدهما بل مع تساويهما واما بعده فلصاحب التقدم الرجوع لانه اسقاط بعض حقه واما المفضول ففيه اشكال ينشأ من انه لو جاز لفات غرض المسابقة فانه متى تحقق سبق صاحبه فسخ العقد ولانه كلما عن له ذلك فالقول قوله فيه فيكون القول قول مدعي الفسخ هذا خلف ومن جوازها وقضية الجائز ذلك والاصح انه ليس له الفسخ بعد التمام بل قبله قال دام ظله فان فسد بعد لعدم كون العوض طاهرا او خمرا الى اجر مثله في جميع ركض الفرس ولا في قدر السبق وقيل يسقط المسمى لا الى بدل ولو فسد لا ستحقاق العوض وجب على الباذل مثله او قيمته ويحتمل اجرة المثل اقول اذا فسد عقد المسابقة لفقد شرط في السبق المعين في العقد فاما ان لا يكون له قيمة في شرع الاسلام ولا يملك لكونه خمرا او يكون له قيمة في شرع الاسلام وتمكن تقويمه فهنا مسئلتان ذكرهما المصنف في هذا الكلام اما الاولى ففيها قولان ذكرهما المصنف هنا الثاني منهما قول الشيخ لانه لم يعمل له شيئا وفائدة عمله يرجع اليه بخلاف ما اذا عمل في الاجارة او الجعالة الفاسدتين فانه يرجع الفعل الى المستاجر

المثل لان فائدة العمل ترجع الى المستاجر والجاعل واختاره ابو القسم بن سعيد والاول اختيار
المصنف لان كل عقد استحق المسمى في صحيحه فاذا وجد المعقود عليه في فاسده وجب عوض
المثل كالاجارة لانه بصحة الاجارة عليه علم انه مملوك لصاحبه مقصود في المعاوضة متقوم ولقائل
يتضمن الامر صيغة التبرع ب وهو ان يكون له قيمة شرعا ويمكن تقويمه كما لو خرج مستحقا فيحتمل
استحقاق مثله ان كان مثليا والا فقيمته لانهما تراضيا على هذا العوض وقد تعذر فلما
يقوم مقامه والاصح اجرة المثل لان العقد الفاسد على عمل يصح لولا هذا الخلل يجب اجرة المثل
قال دام ظله ولو قال الاجنبي من سبق فله عشرة فان تم سبق استحقها ولو جاءوا جميعا فلا شيء
لاحدهم ولو سبق اثنان او اربعة تساووا ويحتمل ان يكون لكل واحد عشرة اقول لما دعشرة
مطلقة والاول قول الشيخ في المبسوط واختاره ابو القسم بن سعيد ومنشأ القولين ان من في المجازاة
للعموم كما بين في الاصول فهو بمنزلة كل فهل يحمل على الكل المجموعي او على كل واحد واحد الشيخ حملها
على الاول لانه انما بذل عشرة لا ازيد ولا يعزم اكثر منها كانه قال كل السابقين لهم عشرة ولانه
المفهوم عند الاطلاق ولان الاصل عدم الزائد ولان الحكم المعلق بصفة لا يتكرر بتكررها وقال
المصنف يمكن حملها على الثاني وكانه قال كل سابق سابق له عشرة لانه المفهوم من اطلاق
من ولان الحكم في القضية الكلية على كل واحد واحد وهكذا جرى استعمالها في اصطلاح العلماء
في كل علم والاصح الاول لاصالة براءة الذمة والثاني قوي ايضا لصدور المجعول عليه من كل
واحد بتمامه لان علم سبق غيره عليه معتبر في السابق وبه السبق لا بسبقه على الكل والا لم
يستحق احدهم شيئا قال دام ظله ولو قال من سبق فله عشرة ومن صلى فله خمسة فسبق خمسة وصلى
خمسة فللخمسة عشرة او لكل واحد على الاحتمال وللثانية خمسة او لكل واحد ويحتمل البطلان
على الاول لامكان تسعه فيكون لكل واحد من السابقين درهم وتسع وللمصلي خمسة اقول وجه
الاول اصالة الصحة ووجود الشرط وهو التفصيل في الجعل ويحتمل البطلان لان امكان تفضيل
المسبوق على السابق ولو على بعض التقادير مبطل للعقد لانه وضع لتفضيل جميع الوجوه المبطلات احتمالا
ويقينا الباب الثاني في الرمي وفيه مطلبان الاول في الشروط قال دام ظله
ب العلم بعدد الرشق وهو شرط في المحاطة قطعا وفي المبادرة على اشكال اقول شرطه

في المبسوط

في المبسوط وابن ادريس وابو القسم بن سعيد فيهما لانه العمل المقصود المعقود عليه وليكون غاية
رميهما فيه معلومة منتهية اليه ويحتمل عدمه في المبادرة لان الاستحقاق متعلق بالبدار الى العدد
المشروط ولا يجب اتمام العدد معه وهذا هو الاقوى عندي لاصالة عدم الاشتراط وعلى القول باللزوم
يجب تعيين العدد والا لوجب استمراره حتى يسبق احدهما وقد لا يحصل وهو محال قال دام ظله ولو اطلقا
فالاقرب حمله على الخواصل اقول لان الاطلاق يحمل على مسمى الاصابة وهو القدر المشترك بين الكل
وكلما عداه زيادة لا يدل عليها اللفظ باحدى الدلالات الثلاث وشرط الشيخ في المبسوط في
صحة العقد العلم بصفة الاصابة فعنده يبطل الاطلاق لعدم شرط المطلق ولا المعين لاستحالة الترجيح
من غير مرجح والاول الاقوى قال دام ظله ولا وجوبها كاصابة الحاذق واحدا من مائة والوجه
صحة الاخير لفائدة التعليم اقول وجه الاحتمال الاطلاق الاصحاب ولان الغرض الاقصى الجد
والجهد في المسابقة وليس هنا والاصح الصحة لفائدة التعلم فيصح له قال دام ظله و
النادر والاقرب صحته لتعذر اربع مائة اقول وجه القرب انه عقد غير لازم وهو ممكن ولان الجهد
فيه اكثر واعظم وكلما تحققت الغاية فيه اكثر كان اولى بالصحة ومن حيث ان النادر لم يعتبره
الشارع وانما يحمل على الغالب والغالب التعذر فلا يصح والاصح الاول المطلب الثاني في
الاحكام قال دام ظله فان عقد النضال جماعة على ان يتناضلوا حزبين احتمل المنع
لان التعيين شرط والجواز فينصب لكل حزب رئيس يختار واحدا من الجماعة والاخر في مقابلته
الى ان يختار الاول ثانيا وهكذا اقول يجوز المناضلة بين حزبين لما روي ان النبي صلى الله
واله مر بحزبين من الانصار يتناضلون وزعيم احدهما ابن الادرع فاقرهم فهل يجب ان يعين طائفة
كل زعيم قبل العقد ليقع العقد بينهما ام لا يجب قيل بالاول واليه اشار المصنف بقوله احتمل
المنع لانه لا يجوز التزام الرماة في الذمة بل تعيين الرامي شرط ولانه لولاه لوقع النزاع وقيل
بالجواز لما ياتي وانما جعل الطريق الانقياد والتراضي فيختار احد الزعيمين واحدا والاخر اخر وهكذا
لان القرعة لا مدخل لها في المعارضات ولانها قد تجمع لاحدهما كل الحذاق وكذا لا يجبر كل من الزعيمين
الكل دفعة واحدة ولا داية الى النزاع وكلام المصنف هنا ظاهر ووجه الجواز اصالة الصحة
ووجود الشرط وهو تعيين الرامي وهو الاصح قال دام ظله فان شرط الزعيم السبق على نفسه

لم يلزم حزبه شيء وان كان عليهم فبالسوية ويكون الاجر بالسوية من اصاب ومن لم يصب ويحتمل القسمة على قدر الاصابة
اقول وجه الاول ان الجمع بمنزلة الواحد لاشتراكهم في العقد الذي اوجب تساويهم فيه ووجه الثاني
ان الاستحقاق بسبب الاصابة فكان لمن صدرت الاصابة منهم على قدرها والفرق بينه وبين الفضوليين
حيث تساووا في الغرم وان اختلفوا في الخطا ان سبب الاستحقاق النضل وهو بالاصابة المشروطة ولو من
واحد من الحزب وعدمه انما يتحقق بعدمها عن كل واحد واحد وعن الكل وهم متساوون في نفيه ويحتمل
عدم غرم المصيب الذي لو اصاب غيره مثله لنضلوا الان السبب للغرم ليس منه قال دام ظله ولو اخطا
لعارض مثل كسر قوس او قطع وتر او عروض ريح شديدة لم يحتسب عليه ولو اصاب ففي احتسابه له
نظر اقول ينشأ من تحقق المجعول عليه وهو الاصابة وقد حصلت لكنها مع هذا التعارض
من شدة مانع لا يحسب عليه فلا يحسب له مع الاصابة لان الشارع اسقط اعتباره والجواز صرف
الريح الشديدة السهم المخطي عن خطائه فيقع مصيبا فلا اصابة بالريح اذن قال دام ظله ولو شرط
الخاسق فمرق حسب له ولو خرق فحسب عليه ولو ثقبه ثقبا يصلح للخسق ووقع في حجر فرجع فالاقرب
احتسابه اقول الاصابة المجردة هي القرع والخرق هو ان يثقب الغرض ولا يثبت فيه و
والخسق هو ان يثبت فيه والخزم هو ان يصيب طرف الغرض فيخرمه والمروق هو ان يثقب ويخرج من الجانب
الاخر اذا عرفت ذلك فنقول كلما شرط صفة من هذه الصفات التي يوصف الاصابة بها اذا فعل
المرتبة الاعلى منها استحق الجعل فاذا شرط الخاسق فمرق حسب لان المروق اعلى من الخسق
بثبوت السهم في الغرض ليس مقصودا لذاته فاذا مرق وخرج من ذلك الجانب فقد اتى بالاعلى
فاستحق الجعل ولو اتى بالاقل لم يحصل له الجعل لانه لم يات بالشرط فاذا شرط الخاسق فخرق وكان من الخطا
لانه اقل من المشروط ولو ثقبه ثقبا يصلح للخسق ووقع في حجر فرجع ففيه وجهان اقربهما الاحتساب
لان المقصود الاصابة وقد حصلت والغرض قد حصل وعدم الثبوت في الغرض لا يدل على الضعف لجواز كون السبب
الثقب فيه من جودة الرمي وثانيهما عدمه لان الثبوت ماخوذ في مفهوم الخاسق ولان ثبوته لحذق الرامي
ولانه لولاه لصار الخاسق مساويا للخارق واختلاف مفهوم اسميهما يوجب اختلاف حكمهما قال
دام ظله ولو وقع في ثقب قديم وثبت احتمل الاحتساب له وعدمه اقول لانه لم يخرق الخاسق وهو
اختيار الشيخ في المبسوط ومن حيث ان السهم في قوته بحيث يخرق لو اصاب موضعا صحيحا وقال

المصنف في التذكرة اذ عروض قوة السهم بحيث يخرق لو اصاب خاسقا والاقوى والاصح انه لا يحسب له ولا
يحسب عليه ايضا لانه لم يعلم خطاؤه قال دام ظله ولو شرط المحاطة لحزب فالوجه الجواز
اقول الناس في هذه المسألة على ثلثة اقوال آ صحتهما وهو ما اختاره المصنف هنا وهو اختيار
بعض المتاخرين للاصل ب بطلانهما معا اعني النضال والشرط وهو اختياره في المبسوط لان عوض
العمل للعامل ولعدم مساواة غير الشارط له وبطلان الشرط موجب لبطلان المشروط وهو الاصح ج صحة
النضال وبطلان الشرط وهو اختيار الشيخ في الخلاف وقواه في المبسوط قال دام ظله ولو شرطنا
احتساب القريب وذكر احد القرب جاز وان لم يذكر احتمل الفساد والحمل على ان الاقرب يسقط للابعد
كيف كان اقول احتساب القرب حجة كالمصيب والمراد القريب من الغرض ويحتمل ان ينزل على ان
كل سهم يكون اقرب من الغرض يسقط للابعد منه كيف كان وهذا فسره بعض الفقهاء الحاني وقال انه معتاد
بين الرماة فاذا قالوا نرمي عشرين رشقة على ان الاقرب يسقط الابعد فمن فضل الخمسة فهو ناضل وهو نوع
من المحاطة فاذا تساويا في القرب والبعد فلا ناضل ولا منضول ووجه الاول الجهالة وعدم الضبط
فان القرب والبعد اضافيان يختلفان باعتبار ما يضافان اليه ويمكن صدقهما على واحد باعتبار
شيئين فاذا لم ينضبط ما اليه تحققت الجهالة ووجه الثاني انه يمكن علمه بذلك والاصح البطلان
قال دام ظله ولو شرطا اسقاط ما كان القرطاس بين ما حواليه احتمل الصحة والبطلان لتعذره
اقول وجه الجواز الاصل ولانه فيه التحريض على الحذق ووجه المنع ما ذكره المصنف من تعذر قصد
وسط القرطاس واصابته اتفاقية والاصح الاول ومعنى هذا الشرط ان اصابة المركز يسقط اصابة
ما حواليه اي ما حوالي المركز قال دام ظله ولو ناكر نصفين فاصاب المقطع الذي فيه الفوق
حسب له وان اصاب بالنصل من الاخر فاشكال اقول ينشأ من انه لم يوف فيه تحامل الوتر واعتماده
المقروع بالوتر انما هو النصف الذي فيه الفوق ومن حيث ان استداده مع الانكار دليل على جودة الرمي وغاية
الحذق فيه الحصول المشروط

كتاب الوقوف والعطايا وفيه مقاصد

المقصد الاول الوقف وفيه فصول الاول في اركانه وفيه ثلاثة مطالب

الاول الصيغة قال دام ظله وحبّست وسبّلت على راي اقول هذا اختيار الشيخ في الخلاف وابن
زهرة وقطب الدين الكيدري وذهب في المبسوط الى ان الصريح وقفت لا غير وغيره لا يحكم به الا بدليل واختاره
ابن ادريس وهو الاصح عندي لاصالة بقاء الملك على صاحبه وعدم خروجه الا بوجه شرعي ولا عرف
هنا سوى لفظ الوقف لاشتراك البواقي بينه وبين غيره والموضوع للقدر المشترك لا دلالة له على
شيء من الخصوصيات بشيء من الدلالات نعم لو انضم اليها القرائن صار كالصريح اذ القصد المعاني
ولاستعمال امير المؤمنين عليه السلام اياه حكيت بسم الله الرحمن الرحيم
هذا ما تصدق به علي بن ابي طالب وهو حي سوي تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لا تباع ولا
توهب حتى يرثها الله الذي يرث السموات والارض واسكن هذه الصدقة خالاته ما عشن وعاش
عقبهن فاذا انقرضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين احتج الشيخ بان حبّست وسبّلت ثبت لهما
عرف الاستعمال بين الناس وانضم الى ذلك عرف الشرع بقول النبي صلى الله عليه وآله ان شئت حبّست اصله
وسبّلت ثمرته ولا دلالة فيه على المطلوب قال دام ظله ولو رده بطل ولو سكت ففي اشتراط
قبوله اشكال اقربه ذلك وكذا الولي اقول ينشأ من انه ليس للانسان ولاية ادخال الملك
تبرعا بايقاع لفظي ابتداء في ملك غيره بغير رضاه بغير ولاية شرعية وصريحه القبول
ومن عدم اشتراط الاصحاب ويكفي في الاختيار الاخذ وقيل يبنى على انتقال الملك وعدمه فعلى
الثاني لا يشترط القبول كالاباحة ويحتمل اشتراطه لانه تمليك المنافع كالاجارة وان قلنا بانتقاله
الى الله تعالى فلا يشترط القبول كالاعتاق ولانه عين مصروفة على قولنا انه ملك الموقوف عليه يشترط
ووجه القرب انه تملك منفعة او عين فلا بد له من سبب موجب لهما ولاية تملك غيره كما تقدم
فلا بد فيه من فعلهما لانه السبب وهو الاصح قال دام ظله او ساقه الى بطون تنقرض غالبا
فالاقرب انه حبس يرجع اليه او الى ورثته بعد انقراضهم اقول هنا مسئلتان آ الصحة والفساد
فقال الشيخان وابن الجنيد وسلار وابن البراج وابن ادريس يصح الوقف وقال ابن حمزة يكون حبسا
بلفظ الوقف قيل لا يصح الوقف ولا الحبس والاصح صحته حبسا لنا انه نوع تمليك وصدقة فيتبع
اختيار المالك في التخصيص وغيره كغير صورة النزاع وللاصل ولان تملك الاخير ليس شرطا في تملك الاول

والاتقدم المشروط على الشرط والرواية الى نصير عن ابي جعفر عليه السلام بوصية فاطمة بحوائطها السبعة
الى علي بن ابي طالب عليه السلام فان قضى علي فالى الحسن فان قضى فالى الحسين فان قضى الحسين فالى الاكبر من ولدي
واعترضه المصنف بعلمها عليها السلام بعدم انقراضهم ولدها لقوله عليه السلام حبلان متصلان الحديث
احتج المانع بان مقتضى الوقف التأبيد فالمنقطع وقف على المجهول فيبطل كالابتداء والجواب
المنع من الصغرى والفرق ظاهر ب اختلف الشيخان في حاله بعد الانقراض فقال المفيد يرجع الى ورثة
الموقوف عليهم واختاره ابن ادريس وقال الشيخ يرجع الى ورثة الواقف واختاره سلار وابن البراج
وهو لازم من كلام ابن البراج وهو الصحيح وقال ابن زهرة يرجع الى وجوه البر لنا انه وقف على
قوم باعيانهم فلا يتخطى الى غيرهم لقول العسكري عليه السلام الوقوف بحسب ما يوقفها ان شاء الله ولان
جعفر بن حيان سأل الصادق عليه السلام رجل وقف غلته على قرابته واوصى لرجل ليس بينه وبينه
قرابة من ملكه بثلثمائة درهم كل سنة ثم ساق الحديث فان مات كانت الثلثمائة درهم لقرابة الميت
والظاهر ان الوصية بالوقف والا لم يكن لورثة الموصي شيء احتج المفيد بان الوقف نافل عن الواقف
فلا يعود الا بسبب ولم يوجد ولانه صدقة فلا ترجع اليه قال دام ظله ولو ابّد على احد تقديرين
دون آخر مثل ان يقف على اولاده وعقبهم ما تعاقبوا فان انقرض العقب ولا عقب له فعلى الفقراء
ولو انقرض الاولاد ولا عقب لهم فعلى اخوته واقتصر كان حبسا على التقدير الثاني وفي الاول اشكال
اقول ينشأ من انه وقف معلق على شرط باطل ومن انه يصح في الابتداء اذا قلنا بتأبيده يكون
حبسا وقد حصل شرط الاستمرار فيه وم ولانه شرط بما هو مشروط به في نفس الامر والاصح الصحة و
هو اختيار افضل المحققين نصير الدين الطوسي لاشتراك الوقف والحبس الا فيما يتميزان به من التأبيد وعدمه
ولهذا صح الوقف المنقطع الاخير وحمل على الحبس قال دام ظله ولو وقف على من سيولد ثم على
المساكين او على عبده ثم على المساكين فهو منقطع الاول فيحتمل الصحة كمنقطع الاخير والبطلان
اذ لا مقر له في الحال اقول الاول مذهب الشيخ في الخلاف وقواه في المبسوط وقال والذي
تقتضيه مذهبنا بطلان الوقف واختاره المصنف في المختلف وهو الاصح عندي لانه لو صح للزم
اما صحة الوقف مع انتفاء الموقوف عليه او وقوع الوقف المشروط وعدم جريان الوقف على حسب
ما شرط الواقف لانه جعل الموقوف عليه هنا كموقوف عليه فيما الاول وان كان وليس ممن لا يصح الوقف

الاتم لكن ع

لورثته الى ان قال فان انقطع ورثته ولم يبق منهم احد كانت للعلماء
دينم آخر

زيد لعبد بعد الفقيه لم يكن وقفا فانما
نفي بالشرط الا انه وكلاء وقف
معلق على شرط آخر

علىٰ اجماعًا فيكون البطن الثاني فاما ان يحكم بالوقف من حين العقد وهو مخالف للشرط او بعد انقراض
الاول فهو وقف معلق على شرط وبطلان التالي باقسامه ظاهر واحتج الشيخ في الخلاف بانه
ذكر نوعين احدهما لا يصح الوقف عليه والآخر يصح فيصح فيمن يصح اذ لا دليل على ابطاله ولا مانع
منه قال دام ظله والقبض شرط الى قوله وفي اشتراط فوريته اشكال اقول ينشأ من انه
كالقبول في باقي العقود في كونه شرطًا في اعتبار الايجاب فلا يتاخر عنه ولان تاخر شرط تاثير الايجاب
عنه على خلاف الاصل لان الايجاب اذا وجد قبل شرط تاثيره فلا تاثير له وعند وجود الشرط بعده ولا مؤثر
فلا يصح الا في موضع ورد فيه النص ولم يعلم ثبوته هنا ومن رواية عبيد بن زرارة عن الصادق عليه
السلام انه قال في رجل تصدق على ولد له قد ادركوا فقال اذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث علق الاطلاق
على عدم القبض المستمر الى الموت فلا يكون غيره شرطًا والا لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة والاصح
الثاني وظاهر كلام ابي الصلاح انه لا يشترط الفورية وانه ان وقف على المصالح العامة والمباح
ومات قبل التسليم لزم فلم يشترط القبض هنا وان وقف على معين ومات قبل التسليم فهي وصية
قال دام ظله ولو وقف مسجدًا او مقبرة لزم اذا صلى فيه او دفن صلوة صحيحة للاقباض
والاقرب ان قبض الحاكم كذلك اقول الاقرب عند المصنف هو الاصح عندي لانه المولى الحقيقي للاشياء
ولانه في الحقيقة وقف على المسلمين وهو وليهم ويحتمل عدمه لعدم النص عليه ولذا لم يذكره الاول
قال دام ظله ولو وقف على نفسه ثم على غيره فهو منقطع الاول ولو عطف بالواو فالاقرب
اختصاص الغير بالنصف وبطلانه في النصف حقه اقول وجه القرب انه لم يجعل للغير اكثر
من النصف لان العطف يقتضي التساوي والتشريك ولانه اضاف وقف المجموع الى المجموع من حيث
هو مجموع فلا يعطى الواحد ويحتمل ان يكون الكل للغير لان العطف بالواو يقتضي تساوي النسبة
والموقوف هو المجموع من حيث مجموع فهو يقتضي ثبوته لكل واحد واحد منهما ولان الموقوف عليه
بيان مصرف المنافع والملك لله تعالى او للواقف على اختلاف الرائين وهنا الاحتمال على هذين القولين
انما حكم بالتنصيف للتمانع ولا تمانع هنهنا فيكون الكل للغير ولان كل جزء يفرض فنسبته اليهما
واحدة وانما اختص احدهما بمجرد دون آخر لمنعه حق الآخر والضرورة ولا مانع هنهنا والاصح الاول
والفرق بينه وبين منقطع الاول ان منقطع الاول لم يبق الطبقة الاولى لما يصح فيه بخلاف هنا قال

دام

دام ظله ولو شرط نقله عن الموقوف عليهم الى من سيوجد بطل على اشكال اقول ينشأ من ان وضع
الوقف على اللزوم والدوام واذا كان الموقوف عليه في معرض السقوط فلا لزوم ومن انه يصح صرفه الى الرتبة منه
الى هذا وتعدد لذا الى غيره ولانه لو وقف على ولده سنة ثم على المساكين صح اجماعًا ولانه اشترط النقل
مع تغير وصفه فكذا مع تجدد ولده لانه في الحقيقة تغير صفته وانه وقف عليهم ما داموا منفردين
ولانه يصح اخراجهم عن البعض والوقف في الكل متساو فاذا صح في البعض صح في البعض الآخر والا لكان
الوقف مقولا بالتشكيك فيكون في البعض اقوى منه في البعض الآخر وهو باطل اجماعًا اما المقدمة الاولى
فلرواية عبد الله بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في الرجل يجعل لولده شيئًا وهم صغار ثم بدا له ان يجعل
معهم غيرهم من ولده قال لا باس وعن محمد بن سهل عن ابيه قال سالت ابا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يتصدق
على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك ان يدخل معه غيره من ولده قال لا باس وفيه نظر
فان الصدقة قد لا يكون وقفًا والمقدمات الباقية بينة وذهب الشيخ الى بطلانه للاخراج والنقل
وادعى الاجماع وهو الاصح قال دام ظله وكذا الاشكال لو قال على اولادي سنة ثم على الفقراء
اقول وجه الاشكال ان الموقوف عليه هل يملك ام لا فان قلنا يملكه لم يصح هنا فانه اذا
ملك لا يخرج الا بمخرج ولم يرد الملك الموقت في الشرع بخلاف مدة محصورة فان الحيوة شرط في الملك
وان قلنا ملكه لله او الواقف صح لانه بيان مصرف منافع وادعى المصنف في تذكرة الفقهاء
الاجماع على صحته ثم لما سالناه عن هذا الاشكال قرر ما ذكرناه والاصح الصحة قال دام ظله و
لو وقف على اصاغر اولاده لم يجز له ان يشارك غيرهم مع الاطلاق على راي اقول ذهب الشيخ
في النهاية الى الجواز وقال ابن البراج ان شرط انه له دون غيره ممن عسى ان يرزقه الله من الاولاد
فانه لا يجوز ان يدخل غيره في ذلك والاصح انه لا يجوز مطلقا لنا قول العسكري عليه السلام
الوقوف بحسب ما يوقفها ولانه عقد لازم فلا يجوز تغييره والا لم يكن لازمًا وما رواه جميل بن دراج
قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل تصدق على ولده بصدقة وهم صغار له ان يرجع فيها قال
لا الصدقة لله واحتج بعضهم للشيخ برواية عبد الرحمن بن الحجاج عن ابي عبد الله عليه السلام
في الرجل يجعل لولده شيئًا وهم صغار ثم يبدو له ان يدخل معهم من ولده قال لا باس والحجة
ضعيفة لعدم دلالتها على الوقف

المطلب الثاني في المتعاقدين

قال دام ظله

و يجوز ان يشرط النظر لنفسه وللموقوف عليه ولاجنبي فان لم يعين كان الى الموقوف عليه ان قلنا
بالانتقال اليه اقول لانه ملك الموقوف عليه اصله ونماؤه واما على القول بانه لله تعالى فالنظر
الى حاكم الشرع وبالجملة فهذه المسئلة مبتنية على السابقة قال دام ظله و
لو قال هو وقف بعد موتي احتمل البطلان لانه تعليق والحكم بصرفه الى الوصية بالوقف اقول
لانه ابلغ من قوله قفوا هذا بعد موتي ولاستعماله في الوصية كثيرا وهو الاصح لانه تصرف مالي
معلق بالموت وهذا معنى الوصية قال دام ظله ولو وقف على المؤمنين فهو للاثنى عشرية
وقيل لمجتنبي الكبائر اقول الاول قول سلار وابن ادريس وحكاه عن الشيخ في التبيان
والثاني قول الشيخ في النهاية فانه قال يكون لمجتنبي الكبائر من اهل المعرفة بالامامة دون غيرهم
ولا يكون للفساق منهم معهم شيء على حال وكذا قال المفيد وابن البراج وابن حمزة وقال
سلار يكون للامامية ولم يشترط العمل وبنى ذلك على تفسير الايمان ما هو فذهبت الامامية
الى ان العمل جزء من الايمان فصاحب الكبيرة ليس بمؤمن وهو اختيار المفيد وقال
بعض المتكلمين ان الفاسق له منزلة بين المنزلتين لا كافر ولا مؤمن وتحقيق هذه المسئلة
مذكور في الكتب الكلامية والحق عندي ان الايمان هو التصديق بالقلب واللسان
وان العمل ليس بجزء ولا شرط فيه وهذا هو اختيار والدي المصنف واكثر المتكلمين
شيخنا نجم الدين بن سعيد واول كلام الشيخ بعدم دخول الفاسق في لفظ المؤمن
عند الاطلاق في العرف قال دام ظله ولو يعطى من ينتسب اليه بالام خاصة على راى
اقول قدمت هذه المسئلة في الخمس قال دام ظله ولو وقف على الجيران فهو لكل
من يصدق عليه عرفا انه جار وقيل لمن يلي داره الى اربعين ذراعا من كل جانب وقيل
اربعين دارا اقول الاول قول بعض الاصحاب والثاني قول الشيخين وابي الصلاح
وسلار وابن البراج وابن ادريس وابن زهرة وابن حمزة وقطب الدين الكيدري والثالث
قول بعض الاصحاب ايضا لرواية عائشة عن النبي صلى الله عليه وآله انه سئل عن حد
الجوار فقال الى اربعين دارا والوجه الاول لان الشرع يحمل على العرف في غير الحقيقة
الشرعية قال دام ظله وفي وقفه على الذمي خلاف والاقرب المنع في الحربي والصحة

في المرتد

١٨٣

في المرتد عن غير فطرة اقول البحث هنا في وقف المسلم على الكافر فنقول قال بعض الناس
يجوز الوقف على الذمي مطلقا حكاه الشيخ في المبسوط وذهب الشيخ في المبسوط الى جوازه
عليه اذا كان قريبا لا غيره وجوز المفيد الوقف على الكفار اذا كانوا اقاربه الابوان وغيرهما
وهو اختيار الشيخ في النهاية وابي الصلاح وابن حمزة ومنعه سلار وابن البراج مطلقا وقال
ابن ادريس يصح على الوالدين الكافرين دون غيرهما من الاقارب وغيرهم وتارة سوغه على الاقارب
مطلقا ثم اخرى منعه واضطرب في هذه المسئلة احتج الاولون بقوله تعالى لا ينهاكم الله عن
الذين لم يقاتلوكم ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم

في الدين

وبقوله عليه السلم على كل كبد حرى اجر احتج الفرقة الثانية بالامر بصلة الرحم والمنع
من موده الكافر على الاجنبي لجواز تخصيص الكتاب بالسنة عندنا ولما روي ان صفية بنت حيي زوجة
النبي عليه السلم وقفت على اخ لها يهودي والحجة في امره عليه السلم او تقريره ولم يثبت احتج المانع
مطلقا بان الوقف مودة ولا شيء من الكافر يجوز مودته لقوله تعالى لا تجد قوما يؤمنون
بالله واليوم الاخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم او ابناءهم او
اخوانهم او عشيرتهم نهى عن مودة الكافر وان كان ابا احتج القائلون بالجواز على الوالدين
بما فيه من البر بالابوين وقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ووجه القرب في الحربي ما ذكرنا
من الادلة على المنع ولان كل من يصح عليه الوقف ماله معصوم وكل حربي لا شيء من ماله بمعصوم لاباحة
اخذه قهرا فلا شيء ممن يصح الوقف عليه بحربي ووجه الصحة في المرتد عن غير فطرة انه بحكم المسلمين
ووجه المنع الكفر والاقوى عندي انه لا يصح على الكافر مطلقا المطلب الثالث في الموقوف
قال دام ظله ولا ما لا يصح تملكه كالخنزير لو وقفه الكافر على مثله فالاقرب الصحة اقول
وجه القرب انه يصح نقله الى مثله بالبيع فجاز بالوقف ويحتمل البطلان لانه لا يصح التقرب بفعلها ومن
شرط الوقف التقرب هذا لفظ المصنف والاصح عندي البطلان قال دام ظله ولا ما لا يملكه
الواقف كملك الغير وان اجاز المالك فالاقرب اللزوم اقول وجه القرب انه عقد صدر من عاقل
بالغ رشيد في محل قابل للنقل واجازة المالك فوجد المقتضي وارتفع المانع فصح ويحتمل المنع لعدم القدرة
على ملك الغير وهو الاقوى قال دام ظله وفي الدراهم والدنانير اشكال اقول منشاؤه انه هل يصح ان يكون

لها منفعة حكمية معتبرة في نظر الشرع مع عينها ام لا

الفصل الثاني في الاحكام

قال دام ظله ثم ان كان مسجدا فهو فك ملك كالتحرير وان كان على معين فالاقرب انه يملكه وان كان على
جهة عامة فالاقرب ان الملك لله تعالى اقول اختلفوا في الوقف هل ينتقل عن ملك الواقف ام لا الظاهر
من كلام ابي الصلاح انه لا ينتقل الرقبة عن ملكه لقوله عليه السلام حبس الاصل وسبل الثمرة ولجواز ادخال
من يريد مع صغار الاولاد ولو انتقل لم يجز له ذلك والصغرى قد مرت والكبرى ظاهرة والحق انتقاله
عنه وهو مذهب الاكثر لان الوقف سبب قطع تصرف الواقف في الرقبة والمنفعة فوجب انتقاله عن ملكه
كالعتق لانه معناه ثم اختلف القائلون بالانتقال فذهب الشيخ في المبسوط وابن ادريس الى انتقاله
الى الموقوف عليه وهو الاصح لانه مال لثبوت احكام المالية فيه ولهذا يضمن بالقيمة فكان ملكا كام الولد
وليس للواقف ولا لغيرهما من الناس فهو للموقوف عليه ونقض بحواري المسجد والاية فانها تضمن بالقيمة وملكها
لله لا للناس ولما رواه علي بن سليمان النوفلي قال كتبت الى ابي جعفر عليه السلام اسأله عن ارض وقفها
جدي على المحتاجين من ولد فلان بن فلان الرجل يجمع القبيلة وهم كثير متفرقون في البلاد وفي ولد
الموقوف حاجة شديدة فسألوني ان اخصهم بهذا دون سائر ولد الرجل الذي يجمع القبيلة فاجاب ذكرت
الارض التي وقفها جدك على فقراء ولد فلان وهي لمن حضر البلد الذي فيه الوقف وليس لك ان تتبع
من كان غائبا واللام للملك والمحكوم عليه هو الارض لا منفعتها لانها المذكورة السابق ونقل ابن ادريس
انتقاله الى الله تعالى وحكاه في المبسوط عن قوم لان كل وقف صدقة وكل صدقة فهي لله تعالى
اما الصغرى فقد صرح بها الشيخ في النهاية حيث قال الوقف والصدقة شيء واحد ولان علي بن سليمان كتب الى
الى الحسن عليه السلام جعلت فداك ليس لي وارث الا ضياع ورثتها من ابي وبعضها استفدتها ولا امن الحدثان
فان لم يكن لي ولد وحدث بي حادث فما ترى جعلت فداك انا وقف بعضها على فقراء اخوتي والمستضعفين
او ابيعها واتصدق بثمنها في حيوتي عليهم فاني اتخوف الا ينفذ الوقف بعد موتي فان اوقفتها في حيوتي
فلي ان اكل منها ايام حياتي ام لا فكتب عليه السلام فهمت كتابك في امر ضياعك فليس لك ان تاكل منها
من الصدقة الحديث فسمى الوقف صدقة ولاستعمال ابي عبد الله عليه السلام لفظ الصدقة في الوقف
في رواية ابي الصباح وكذا استعمل علي عليه السلام لفظ الصدقة في الوقف في رواية ربعي بن عبد الله عن ابي
عبد الله عليه السلام واما الكبرى فلرواية جميل بن دراج الصحيحة قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل تصدق

على ولده بصدقة وهم صغار اله ان يرجع فيها قال لا الصدقة لله وجه قرب كونه لله تعالى في
الجهة العامة وهو الاصح لتساوي نسبته كل واحد اليه واستحالة كل واحد واحد
معين لاستحالة الترجيح بلا مرجح والاجماع ولا المجموع من حيث مجموع لاختصاص الحاضر وواحد
غير معين لان الملك نسبة واضافة معينة فلا يكون محلها مبهما وليس حكمه كالمباح فهو لله تعالى
وقد فسر بانفكاك المحل عن ملك الادميين واختصاصهم ويحتمل ان يكون ملكا للموقوف عليه
وهو الكلي لما تقدم وفي المسجد والرباط يكون لله اجماعا لانفكاك الملك عنهما قال دام ظله
ولو لم يقع خلف ولا خيف خرابه بل كان البيع انفع لهم لم يجز بيعه ايضا على راي اقول هذا اختيار
ابن ادريس عليه اكثر العلماء وقال الشيخ المفيد يجوز تغيير الشرط في الوقف الى غيره عملا بالرواية
وما رواه علي بن مهزيار في الصحيح قال كتبت الى ابي جعفر عليه السلام ان فلانا ابتاع ضيعة فاوقفها
وجعل لك في الوقف الخمس وتسأل عن رأيك في بيع حصتك من الارض او يقومها على نفسه بما اشتراها
او يدعها موقوفة لك فكتب عليه السلام الى اعلم فلانا اني امره ببيع حقي من الضيعة وايصال ثمن
ذلك الي وان ذلك رأيي ان شاء الله او يقومها على نفسه ان كان ذلك اوفق له والاصح الاول
والجواب عن الرواية حملها على عدم تمام الوقف وظاهرها يدل عليه قال دام ظله ولو انقلعت
نخلة قيل جاز بيعها والاولى المنع مع تحقق المنفعة بالاجارة للتسقيف وشبهه اقول الاول
قول الشيخ في الخلاف قال لانه لا يمكن الانتفاع بهذه النخلة الا على هذا الوجه والثاني قول ابن ادريس
لان الوقف يقتضي دوام الاصل مع بقاء منفعته ومجرد بطلان قوى النباتية التي فيها وعدم ثمرتها
لا يلزم منه زوال الكل منافعها بل يمكن جعلها جسرا وزورقا وغير ذلك واعلم ان الحق انه متى
فرض لها منفعة ما مع بقائها لم يجز بيعها لان الوقف لحاسة اي ما دامت هذه الخشبة الخاصة
موجودة لا ما دامت صفة النخلة الموصوفة بحياة النبات قال المصنف في المختلف ونعم ما قال لا نزاع
بينهما لان دليل الشيخ يدل على جواز بيعها مع انتفاء سائر المنافع فيها وابن ادريس فرض وجود
منفعة ومنع بيعها لوجودها وما ذا يفعل بالثمن قال ابن الجنيد يشتري به ما يكون وقفا والبحث
فيه مذكور في موضعه قال دام ظله ولو شرط بيعه عند الضرورة كزيادة خراج وشبهه وشراء
غيره بثمنه او عند خرابه وعطلته او خروجه عن حد الانتفاع او قلة نفعه ففي صحة الشرط اشكال

اقول هذا من قول ابي عبد الله عليه السلام في رواية جعفر بن حيان واذا رضوا كلهم وكان
البيع خيرا لهم باعوا فاذا جاز بغير شرط الواقف فمعه اولى ومن ان الوقف للتأبيد والبيع ينافيه و
الاصح انه لا يصح بيع الوقف بحال والرواية ضعيفة فان جعفرا واقفي لا يعتمد على روايته قال دام ظله
ومع البطلان ففي ابطال الوقف نظر اقول جعل الشيخ العقود المتضمنة للشرط ليست معلقة
عليها بل هي عقود مشروطة وبطلان احد الجزئين لا يستلزم بطلان الاخر ويحتمل البطلان لانا انما
اوقعنا على هذا التقدير ولا يعلم رضاه بدونه ولم يدل على وقوعه بدونه احدى الدلالات والفرق
بينه وبين المعاملات ان للشرط مدخلا في العوض وههنا تبرع محض قال دام ظله ونفقة المملوك
على الموقوف عليهم وان كان ذا كسب على راي اقول الموقوف عليهم اما جهة عامة اولا والاول
النفقة في كسبه والثاني كون على معين وهو مراد المصنف هنا فقال في المبسوط يكون في كسبه
اذا لم يشترط او شرطها في كسبه لان الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه وهو موقوف على بقاء عينه
وانما يبقى بالنفقة فيصير كان شرطها في كسبه وقال المصنف انها على الموقوف عليه وهو الاصح عندي
لانها تابعة للملك والعين والمنافع ملك للموقوف عليه والشيخ في المبسوط سلم انه ملك الموقوف عليه وعلى
تقدير التسليم لانا ان جعلناه على مستحق المنافع كالحر الخاص والموصى بخدمته فعليه هنا والا فالاصح
في كسبه فلا يملك الموقوف عليه الا نفقته فلا يجب عليه فطرته وعلى القول بانه لله تعالى فعلى بيت المال
كالمعتق مسلوب المنافع لزمانته والاصح في كسبه وكذا ان جعلناه للواقف ولو عجز الكسب فعلى بيت المال
ان كان الملك لله وللواقف ان لم يكن موجودا او كان معسرا وعمارة العقار حيث شرط الواقف والا ففي غلته
فان قصرت لم تجب قال دام ظله ولو اوجبت مالا تعلق برقبته ان قلنا بعدم الانتقال وكذا ان كان على
المساكين او على المصر والا فعلى الموقوف عليه لتعذر بيعه على اشكال ينشأ من ان المولى لا يعقل
عبدا والاقرب قوله اقوال الفقهاء العامة في هذه المسألة منحصرة في خمسة آ تعلق مال الجناية بكسبه
وهو اختيار الشيخ في المبسوط والمصنف هنا لان مال الجناية لا يتعلق برقبته لان الموقوف عليه لا يباع وكل من
يتعلق المال برقبته يباع فالعبد الموقوف لا يتعلق مال الجناية برقبته وهذه حجة الشيخ في المبسوط
ولا يبطل دم امرء مسلم ولا تعقل المولى عبدا فيتعلق بكسبه ب انه يتعلق ببيت المال ج يتعلق بمال
الواقف د انه يجب في مال الموقوف عليه قال الشيخ في المبسوط ثم قال يتعلق المال ابتداء على الموقوف عليه

فهو

فهو في ماله ومن قال يتعلق بالله تعالى قال من مال الواقف لانه الذي منع الرقبة من تعلق الارش
بها وقيل في بيت المال كالحر المعسر ه انه يباع فيها وقد ذكره والدي المصنف احتمالا في المختلف لانه يقبل
في الجناية فالبيع اولى والقول الرابع انما هو في الوقف على المعين والاصح عندي تعلق بالكسب
لانه اقرب الاشياء الى الرقبة ولانه يجمع بين الحقين قال دام ظله وليس للمجني عليه استرقاقه في العمد
على اشكال اقول ينشأ من ان الوقف لازم لوجود الحياة في الحيوان لا يزول الا بزوالها لانه
مقتضى التأبيد وهو مانع من تملك غير الموقوف عليهم ما دام موجودا فلا يصح تملكه ومن ان المولى يملك ابطال
الوقف بابطال الحيوة فيملكه مع بقائها لانه عفو وهو حسن ولانه عفو وهو حسن منه بالاولية
شرعا ولعموم الاخبار الدالة على جواز تملك الولي العبد الجاني عمدا قال دام ظله ولو جنى
عليه بما يوجب المال احتمل اختصاص الموجودين فلهم العفو وشراء عبد او بعض عبد بها
يكون وقفا اقول اذا قتل العبد الوقف فلا يوجب المال لان قتله حر اجنبي فعليه
قيمته وهنا مسائل آ ما يفعل بالقيمة قال الشيخ في المبسوط قال قوم يشترى بها عبد اخر ويقام
مقامه سواء قيل ينتقل ملكا الى الله او اليه لانه حق البطون برقبته فاذا مات اقيم غيرها
بقيمتها مقامها ومنهم من قال ينتقل اليه القيمة قال وهو الاقوى لانا قد بينا ان حكمه والوقف
لم يتناول القيمة لان موضوع الوقف غير تخصيصه لا غير واختيار المصنف في المختلف الاول
لعدم اختصاص البطن الاول به ولهذا اخذ البطن الثاني عن الواقف لا عن الاول والقيمة بدل
العين بحكمها من تملكها على احد ما ملكها وتعلق بها حين من يتعلق حقه بها او ملكا لنظر اول
ليس بطلق بل الى نهاية وهو حبسها بتفكيكها بدلها وقولهم الوقف لم يتناول القيمة ان عني عدم دلالته
بالمطابقة فمسلم لكن دلالة الالفاظ على الاحكام ليست مقصورة على المطابقة وان عنى عدم دلالته
على حكمها الكلية فممنوع لدلالته عليها بالاقتضاء لانها قائمة مقام العين ولانه حق الوقف اقوى
من حق الرهن وهو يتعلق بالعوض فالوقف اولى وهذا من دلالة مفهوم الموافقة والاصح الاول
لئلا يبطل غرض الواقف الثاني يحكي انما ب من يشتري هذا العبد الاقوى الحاكم لانا ان جعلناه
ملكا لله فظاهر وان جعلناه ملكا للموقوف عليه فكذلك لتعلق حق البطون الباقية به والحاكم
ولي للكل وكذا ان كان للواقف لتعدد الموقوف عليه ويحتمل الموقوف عليه مطلقا لانه ملك

له عندنا وحق اربابه فيتبع له فان تعذر الحاكم او شبهه فالواقف او بعض المؤمنين حسبة ح العبد المشترى
هل يصير وقفا بالشراء ام لا بد من عقد جديد احتماله اقوى الاول لانه بالشراء للمصرف يصرف الى الواقف
ولانه كالرهن وعلى الثاني يباشره تقاعده من يباشر الشراء والاقوى الحاكم د لو لم يف باشترى
بعض عبد ولو فضل اشترى آخر او شقص من آخر ه على الاختصاص بالقيمة بالبطن الاول لهم العفو وعلى العدم
٧ قال دام ظله ولو جنى عليه عبد بما يوجب القصاص فان اقتص الموقوف عليه استوفى وان عفى فهل
لمن بعده من البطون الاستيفاء الاقرب ذلك ان لم يكن نفسا اقول لانه تعلق به حقهم بالفعل وهو فوته
عليهم ولم يجد حقهم لا بعد الجناية بل كان من حين الوقف ومن حيث ان عوضه كان للاول على القول
به والعفو انما هو عن العوض اما اذا كانت نفسا فالبحث فيه كما مر والفرق بينه وبين النقل انه عند
القتل ينقطع الوقف على احد القولين وهو انه لا يشترى بقيمته عبدا بل يكون بدله وقفا وهنا لا ينقطع
والاصح عندي ان لهم الاستيفاء وما ذا ليستوفون قبل الدية لتغليب العفو وقيل القصاص والاول
اصح قال دام ظله ولو استرق الجاني او بعضه فهل يختص به او يكون وقفا اشكال اقول ينشأ
من ان الوقف انما تناول ملك العين وقد زال وعدمه هنا لم يوقف للاول العدم ساوله اياه باحدى
الدلالات ولانه لو صرح بوقفه لم يصح والاصح وقف المعدوم او المعلق على شرط ولم يشترط فيه
الملك والكل باطل ومن انه عوض الوقف ولم يختص الاول اذ منعه من اخراجه لتعلق حق الثاني وهذه
المسألة تبنى على انه هل يشترى بدل الوقف ما يكون وقفا او لا فعلى الاول يكون وقفا وعلى الثاني يختص
بالموجود حالة الجناية والاصح عندي انه يكون وقفا وهذه المسألة قد تقدمت قال دام ظله
ولو اتفق هو ومولاه على الفداء فهل يختص او يشترى به عبدا يكون وقفا اشكال اقول منشأه ما تقدم
قال دام ظله ولو مات البطن الاول قبل انقضاء مدة الاجارة فالاقرب البطلان هنا اقول
اذا آجر البطن الاول العين الموقوفة اجارة لا تنافي شرط الواقف لعدم ناظر شرطه الواقف صحت الاجارة
فاذا مات فان قلنا ببطلان الاجارة اذا مات الموجر في الطلق فهنا اولى وان قلنا ببقائها في الطلق
فالاقوى هنا بطلانها وبه افتى لان ملكه وامارة واحكامه مشروط بالحياة وبعدها لا يبقى شيء
منها الاستحقاق الثاني له عن الواقف لا عنه فظاهر انه تصرف في المستقبل في ملك غيره بغير اذنه فلم
يصح ويحتمل ضعيفا عدمه لان الاعتبار في الاجارة بالملك حالها وهو حاصل كالموروث والفرق

ظاهر

ظاهر فان الوارث في الطلق انما يملك عن الميت وهنا يملك عن الواقف لا عن الميت قال دام ظله
وفي صيرورتها ام ولد اشكال اقول الامة الموقوفة على معين اذا وطئها الموقوف عليه
في مرتبته واتت منه بولد فهنا مسائل آ هل تصير ام ولد ام لا قلنا هذه المسألة تبنى على ملكها
فان قلنا ان الموقوف عليه لا يملكها لم تصر ام ولد قطعا وان قلنا انه يملكها ففيه اشكال
ينشأ من انها علقت منه بحر من سيده في ملكه والسبب في صيرورة الامة ام ولد علوقها بحر من مالكه
جزما منها حالة العلوق بوطئه حرا بالنص والاجماع ومن ان السبب هو سبب الملك التام المختص
بالمالك المعين ولا اختصاص هنا وان كل حر تعرض منها لا يختص بها على الاصح خصوصا على القول بانه
يغرم الكل بالاتلاف وملكه ناقص كالوقف على الفقراء اذا احبلها فقير ولانها
يقوم عليه بحالها بعتقها بالاستيلاد ولا شيء من ام الولد تقوم كلها على من هي ام ولد له والاولى بان
والثاني سعرانه من الاحكام الشرعية فانه لم يات في الشرع واحكامه ذلك ولمنافاته الوقف
الاستيلاد والاصح انها تصير ام ولد لعموم النص فان الاستيلاد مبني على التغليب كالعتق ب
اذا قلنا تصير ام ولد تعتق فيجب عليه قيمتها من تركته قولا واحدا لانه اتلفها على من بعده من البطون
بعد موته فكان كالاتلاف لم يكن في ملكه بخلاف ما لو اتلفها في حيوته لانه اتلفها على نفسه ولا يخرج وارثه
في القيمة شيئا لانها حال الضمان لم يكن ملكه لانه ضمانها لغيره وهل يكون للبطن التي بعده من البطون
واليه اشار المصنف بقوله لمن يليه من البطون او يشترى بها ما يكون وقفا فيه اشكال تقدم منشأه
والاصح عندي انه يشترى بها هذا اذا كان هو تمام الطبقة وان كان له مشارك هو اولى من الذي
بعده كان له ان يشترى به على الاشكال ج الولد ان لم يكن من ارباب الوقف فالحكم ما ذكرناه وان كان
منهم في تلك الطبقة فهل يحسب عليه القيمة من نصيبه يحتمل ذلك لعموم النص ولانه بعتقها يقدر تملك
المستحقا فيها ولده منها ويحتمل العدم لان الوقف صح فيها ولا يستقل الاخرجها عن صلاحية الملك والاقوى
الاول وتسمى هذه المسألة في اصطلاح الفقهاء بمتشعبة المبادي والبحث في قيمة الولد ياتي والاصح انها
تصير ام ولد قال دام ظله يجوز تزويج الموقوفة ومهرها للموجود من البطن وكذا ولدها ان كان من مملوك
او زنا ويختص به الموجود دون وقف على راي اقول ذهب ابن الجنيد الى انه يكون وقفا كامه
وقواه في المبسوط قال لان حكم كل ولد ذات رحم حكم امه كالمدبرة والاضحية والهدي وفيه

الولادة

نظر لان الاستقراء غير مفيد للعلم واحتج المصنف بانه نماؤها فاشبه كسبها وثمرة
البستان والخضار الوقف فيهما ايضا ولذا اللقطة قال دام ظله ولو وقف مسجدا على قوم
باعيانهم فالاقرب عدم التخصيص بخلاف المدرسة والرباط والمقبرة اقول لانه ازالة ملك فهو
كالتحرير فلا معنى للاختصاص لانه ملك لله ومن عموم قوله عليه السلم الاوقاف على ما اوقفها
والاصل الصحة والاصح عدم صحة الوقف والفرق بينه وبين المدرسة والرباط الاجماع على جوازه
فيهما ولان اسم المسجد لا يصدق حقيقة الا مع العموم بخلافهما قال دام ظله ولو وقف على اولاده
الى قوله ولا يدخل الحفدة على راى اقول هذا اختيار الشيخ في المبسوط وابن الجنيد لدلالة
صحة النفي على كونه مجازا وانما يحمل على الحقيقة لا على المجاز ولقوله تعالى ووصى بها ابرهيم بنيه و
يعقوب في قراءة من قرأها بالنصب عطف يعقوب على بنيه وهو ابن ابنه والعطف يقتضي المغايرة وفيه نظر
فانه قد قرئ ويعقوب بالرفع عطفا على ابرهيم وعلى النصب يكفي مغايرة الجزء للكل وقد جاء في قوله
تعالى قل من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل مع ان جبرئيل عليه السلم من الملائكة
وبرد ان المغايرة هنا بالشرف فان جبرئيل اشرف قال المفيد وابن البراج وابو الصلاح وابن ادريس
يدخل الحفدة لقوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم ان كان له ولد حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم
يا بني اسرائيل والاصح الاول لان الحقيقة اولى من المجاز وان كان اكثر ولو وجدت قرينة دالة على احد
المعنيين حمل عليه قال دام ظله ولو قال على اولادي واولاد اولادي اختص بالبطنين الاولين
على راى اقول الخلاف هنا كما تقدم قال دام ظله ولو قال على من انتسب الي لم يدخل اولاد
البنات على راى اقول الخلاف مع ابن ادريس والمرتضى وقد مضى قال دام ظله ولو شرط اخراج بعضهم
بصفة او رده بها جاز كقوله من تزوج منهن فلا نصيب لها فلو تزوجت سقط نصيبها فان طلقت
عاد وان كان رجعيا على اشكال اقول ينشأ من انها بحكم الزوجة ولهذا ترث وتجب نفقتها
ومن انها مطلقة والطلاق رفع النكاح ومنع كونها بحكم الزوجة من كل وجه وايضا يصدق
هذه ليست بزوجة بل هي مطلقة وصحة النفي دليل المجاز وعند الاطلاق لا يحمل عليه وهو الاصح
قال دام ظله ولو وقف على الفقراء الى قوله والاقرب انه لا يجوز الدفع الى اقل من ثلثة اقول
لانه اقل الجمع وهو الاصح وقد حقق في الاصول وللاحتمال القول الاخر انه اقله اثنان ولان الوقف

على عين

على عين المحصور يكون لسان المصرف والقصد فيه الصفة مطلقا والاصح الاول ولو لم يكن
في البلد ثلثة وجد خارجه وجب الاتمام قال دام ظله ولو امكن في ابتداء الوقف تتبعهم
بينهم ثم انتشروا فالاقرب وجوب التعميم فيمكن والتسوية لان الواقف اراد التسوية والتعميم
لامكانه فاذا تعذر بعد ذلك وجب العمل بما امكن بخلاف المنتشرين ابتداء اقول ويحتمل عدمه
لسقوط التعميم لتعذره واذا اكتفى بالبعض كفى اي بعض كان والاصح الاول قال دام ظله
ولو وقف على من يجوز الوقف عليه ثم على من لا يجوز فهو منقطع الانتهاء ولو انعكس فهو منقطع الابتداء
ففيه قولان فان قلنا بالصحة فان كان الاول مما لا يمكن اعتبار انقراضه كالميت والمجهول والكنائس
صرف في الحال الى من يجوز الوقف عليه وان امكن اعتبار انقراضه كالعبد والحربي ففي الانتقال
في الحال او بعد الانقراض اشكال اقول الوقف اما ان يكون متصلا دائما اولا والاول لا كلام
في صحته والثاني اما ان يكون منقطع الاول او منقطع الاخر او منقطع الوسط والكلام هنا
في الاول في موضعين آ في صحته وبطلانه وفيه قولان فلنقدمها ب على القول بالبطلان اما
ان يكون ممن لا يمكن اعتبار انقراضه او يمكن فان كان الاول انتقل في الحال الى المرتبة الثانية
وان كان الثاني قال المصنف فيه اشكال ينشأ من انه لا يستحق له غيرهم وقد ملكوا الاصل والنماء تابع
ومن انه انما جعل لهم بشرط انقراض من قبلهم ولم يحصل الشرط فيصرف الى الفقراء والمساكين
مدة بقاء الموقوف عليه اولا لانه اذا انقرض رجعت اليهم والاول اختيار الشيخ في المبسوط والثاني
حكاه عن قوم فيه وهذا مبني على قول من يقول بالصحة والاقوى عندي البطلان قال دام ظله
فان اطلق فالاقرب البطلان اقول اذا وقف على مواليه وله موال من اعلى ومن اسفل ولم يعين
احدهما بلفظه ولا قصده ففي صحته خلاف وقال والدي المصنف الاقرب البطلان ووجه القرب ان اللفظ
المشترك لا يحمل على كل معانيه دفعة عند الاطلاق واذا كان بلفظ الجمع على ما حقق في الاصول وهذا
الدليل مبني على مقدمتين آ ان لفظ المولى مشترك بين المعتق والمعتق بالاشتراك اللفظي ابحث قال
صاحب الصحاح المولى المعتق والمعتق وليس مراد الواقف غير هذين المعنيين لانه التقدير ب اللفظ
المشترك حال الجمع لا يحمل على كلا المعنيين وحمله على كل واحد منهما ترجيح بلا مرجح باطل قطعا فيكون
بمنزلة الوقف على احد شخصين وهذا باطل اجماعا فكذا ما نحن فيه لانه لازم له وقال في المبسوط

في الخلاف وابن ادريس يصرف بينهما لتساوي اللفظ لهما كالاخوة والاصح البطلان لان اللفظ المشترك لا يحمل على مجموع المعنيين عند الاطلاق والا لكان حقيقة فيه لانه من علامات الحقيقة وهو باطل والا لزم ان يكون كل لفظ مشترك بين معنيين مشتركا بين معان لا يتناهى وقول الشيخ كالاخوة ان اراد به انه مشترك بالاشتراك المعنوي كالاخ لانه اولى من الاشتراك اللفظي عارضناه بالنقل عن اهل اللغة كما ذكره صاحب الصحاح وان اراد ان حكم الاشتراك اللفظي من حمله على الجمع على مجموع المعنيين كالاشتراك المعنوي فهو ممنوع والفرق ظاهر قال ابن حمزة اذا وقف على مولاه اختص بمولى نفسه دون موالي ابيه والمولاه الذي اعتقه دون من هو مولى نعمته الا اذا لم يكن له مولى عتق وكان له مولى نعمة وان قال على الموالي دخل مولى العتاقة ومولى النعمة وهو مبني على ان لفظ المولى مقول بالتشكيك ومقول عليهما على الذي اعتقه هو اولى من ولي نعمته وانه يحمل لفظ الجمع عليهما لا يقال البحث هناك في الجمع المضاف فيعم ومعنى العموم استغراقه لما يصلح له وهو صالح للكل لانا نقول العام هو اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد فخرج المشترك قال دام ظله واذا وقف على اولاده الى اولاد اولاده وليس بحد بل يكون منقطع الوسط اقول قوله اشارة الى قول الشيخ في المبسوط على الاخير والحق ما اختاره المصنف لانتفاء الدلالات الثلث ولصحته ابدا لانه شرط انقراضهم عرفا على رجوعه اليهم وهو ممنوع واما على القول بان لفظ الاولاد يتناول اولاد الاولاد فلا يجيء لانه ينتقل اليهم وانما البحث على عدم تناول لفظ الاولاد لهم حقيقة قال دام ظله وانما قبل انقراض اولاد اولاده لورثة الواقف على اشكال المنقطع الوسط بعد المرتبة الاولى وقبل حصول شرط استحقاق المرتبة الثانية انما لمن يكون نماؤه قلنا على القول بعدم انتقاله عن الواقف يكون لورثة الواقف قطعا وعلى القول بانتقاله الى الله تعالى يكون فيه وجوه البرو على القول بانتقاله الى الموقوف عليه وهو المراد بالبحث هنا قيل يكون لورثة الوارث لانه في حكم ملكه ولهذا ياخذ المرتبة الثانية عنه ويحتمل عدمه لانتفاء ارثه عنه فقيل يكون لورثة الموقوف عليه الاول لانتقاله اليه ولم ينتقل الى المرتبة الثانية ولذلك استشكل المصنف والاصح انتقاله الى ورثة الواقف لانه احد المصارف ولان استحقاق المرتبة الاولى انتهت بانقراضها فرجع الملك الى الواقف ولهذا ياخذ المرتبة الثانية عنه قال دام ظله وليس له غرس شجرة في المسجد لانه

وهل

وهل له ذلك لو وقف الاقرب المنع مع التضرر بها والا فلا اقول وجه القرب انما مع التضرر فلان المسجد انما بني لذكر الله والصلوة وقراءة القران ولم يبن للغرس وقد حصل منه ضرر بالمسجد ويحصل وقفه فيجوز ويحتمل المنع لما ذكرنا وهو الحق عندي فانها تمنع من الصلاة في موضعها وهو وقف لذلك فان كل جزء منه وقف لذلك قال دام ظله وهل يجوز قسمة الوقف على نفرين الاقرب الا في شرط المنع مع اتحاد الواقف او الموقوف عليه اقول وجه المنع انها تغيير شرط الوقف فانه جعل للكل والاحد حصة مشاعة وهي غير المتميزة فلا يجوز الاصح ويحتمل ضعيفا الجواز لان القسمة افراز حق وتمييزه فلم يستلزم تغييرا لوقف في الملك ولا في الموقوف عليه ولا في قدر المنافع بل هي تمييز لما يستحقه كل واحد منه حيوة فخارت وعلى القول بان من عليه الوقف لا يملكه لا يصح قسمته وعلى القول بالملك فهو ناقص وليس له تصرف في نفس الملك والقسمة تصرف في نفس الملك لانها تقتضي اخراج كل واحد عن بعضه قال دام ظله انما لو تعدد الواقف والموقوف عليه فاشكال اقول المراد اذا وقف زيد مثلا نصيبه على عمرو ووقف بكر نصيبه على خالد ومنشاء الاشكال من ان كل واحد نقل ملكه بجميع حقوقه ومن جملتها جواز افرازه وتعيينه ولانه اكد في الوقف فانه امر معين فاذا تعين محله كان اولى ولانه وقفان ولكل حكم نفسه فجاز تمييز احدهما عن الآخر ومن اطلاق الاصحاب منع قسمة الوقف ولانه وقف مشاعا وهو الاصح قال دام ظله ولو آجر زيادة على المدة المسترطة فالاقرب البطلان في الزائد خاصة اقول لان المنافي للشرط الواقف الزيادة خاصة فيبطل فيه واما المشترطة فلانه كالمنصوص عليه في الاجارة فيصح ويحتمل عدمه لمنافاة العقد لشرط الواقف فيكون باطلا من اصله ولانه تناول المجموع بالاصالة والاجزاء بالتبعية لضرورة دخولها في المجموع ولان دلالة التضمن تابعة لدلالة المطابقة فاذا بطل التابع والاصح الاول قال دام ظله ولو خلق حصير المسجد وخرج عن الانتفاع او انكسر الجذع بحيث لا ينتفع به في غير الاحراق فالاقرب بيعه وصرف ثمنه في مصالح المسجد اقول لانه يلزم من المنع من بيعها خروجها عن الانتفاع في الوقف المذكور بالكلية فخرجت عن الوقف كموت العبد فجاز بيعها لزوال المانع ولصناعها وضيق المكان بها ويحتمل عدمه لعموم قول ابي الحسن عليه السلم لا يجوز شراء الوقف وعلى جواز بيعه يصرف ثمنه الى مصالح المسجد لاختصاص العين بهذه الجهة والقيمة تابعة للعين فلا يصرف

في غيرها ويحمل صرفها في المصالح اذا امكن والا ففي غيره من المصالح **المقصد الثاني في السكنى والصدقة والهبة وفيه فصول الاول في السكنى قال دام ظله** ويلزم على راي اقول هنا
اقوال ثلثة آ انما تلزم بالقبض كالهبة ب انها تلزم بقصد التقرب ج انها لا تلزم والاطلاق والصحيح
الاول وهو الاشهر لان الشارع وضع صيغة هذا العقد سببا لنقل المنافع مدة معينة او مقرونة
بعمر احدهما والاصل في الاسباب اللزوم ولما ياتي قال دام ظله فان قرنت بعمر الساكن فمات المالك
لم يكن لورثته ازعاجه قبل وفاته مطلقا على راي اقول هذا اختيار اكثر العلماء لانه
عقد منجز في صحة العاقد وكان ناقضا كغيره من العقود وجوز ابن الجنيد اخراجه مع نقص
ثلث التركة عن قيمة الدار لما رواه خالد بن نافع البجلي عن الصادق عليه السلام قال سالته عن رجل
جعل لرجل سكنى دار حياته يعني صاحب الدار فمات الذي جعل السكنى وبقي الذي جعل السكنى
ارايت ان اراد الورثة ان يخرجوه من الدار الهم ذلك قال فقال ارى ان يقوم الدار بقيمة
عادلة وينظر الى ثلث الميت فان كان في ثلثه ما يحيط بثمن الدار فليس للورثة ان يخرجوه وان
كان الثلث لا يحيط بثمن الدار فلهم ان يخرجوه قيل له ارايت ان مات الرجل الذي جعل
له السكنى بعد موت صاحب الدار تكون السكنى لورثة الذي جعل له السكنى قال لا وعلى الشيخ الرواية
في الحكم بعود الضمير في حيوته الى صاحب الدار بل هو عائد الى الساكن والا لم تثبت الاحكام
التي ذكرها بعد ذلك لانها انما تصح اذا كان قد جعل السكنى مدة حيوة من جعل له السكنى فحينئذ
يقوم وينظر باعتبار الثلث وزيادته ونقصانه وحملها المصنف على الوصية او المرض والاول
ثبات الاحكام اذ السكنى عقد لازم فلا معنى لخروجها من الثلث الا مع الوصية او المرض وفي سندها
ضعف والاصح اختيار المصنف قال دام ظله ولو قرنت السكنى بالعمر بطل البيع على اشكال اقول
جوز ابن الجنيد بيعها ومنع الاصحاب من بيع المسكن الذي تعتد فيه المطلقة بالاقراء لجهالة وقت الانقطاع
فهنا اولى وقوى الشيخ في المبسوط جواز بيع العبد الموصى بخدمته ابدا فهنا اولى احتج ابن الجنيد
بما رواه الحسين بن نعيم عن ابي الحسن الكاظم عليه السلام قال سالته عن رجل جعل دارا سكنى لرجل ايام حيوته
او جعلها له ولعقبه من بعده هل هي له ولعقبه كما شرط قال نعم قلت فينقض بيعه الدار السكنى قال
لا ينقض البيع السكنى الحديث وعندي في هذه المسألة اشكال قال والدي دام ظله لا افتي فيها بشيء

المقصد الثاني في الصدقة قال دام ظله والاقرب جواز الصدقة على الذمي اقول
لقوله عليه السلام على كل كبد حرى اجر ويحتمل العدم لمنع المودة وقد مضى البحث في هذه المسألة
في الوقف لانه صدقة **المقصد الثالث في الهبة وفيه مطلبان الاول في اركانها قال دام ظله**
وهبة ما في الذمة لمن عليه ابراء ولا يشترط فيه القبول ولا يصح لغيره على راي اقول الخلاف
هنا في موضعين آ عدم اشتراط القبول وهو الحق خلافا للشيخ في المبسوط وابن زهرة وابن ادريس
لنا قوله تعالى فنظرة الى ميسرة وان تصدقوا خير لكم وفي الدية الا ان يصدقوا ولانه اسقاط حق فلا
يفتقر الى القبول كالعتق والطلاق والعفو عن الدية احتج الشيخ بانه فيه منة فلا يجب
قبولها كهبة العين والفرق ظاهر فان هبة العين تمليك وهبة الدين اسقاط ب هبته لغير من هو عليه
ذهب الشيخ وابن ادريس الى الجواز لصحة بيعه والمعاوضة عليه كالعين نعم يشترط في اللزوم القبض
وقيل لا يصح لاشتراطها بالقبض وقبض ما في الذمة محال لانه ليس مقبوض مثله وانما يصح هبتها بعد تعينها
وحال الايجاب هي غير معينة قال الشيخ في المبسوط لا يصح وقفه لانه مشروط بالقبض وهو ممتنع
في الدين وامتناع الشرط يوجب امتناع المشروط قلنا فليبطل في الهبة لانها مشروطة بالقبض و
الكبرى بحالها واختار المصنف في المختلف الصحة قال والموهوب الماهية وقبضها بقبض
احد جزئياتها فيقبض المالك ثم يقبضه او توكله في القبض عنه ثم يقبض من نفسه على القول بجوازه
كما اخترناه ولا يكفي قبضه عن الهبة قبضا عن المالك والاجماع المذكور قال دام ظله ولو وهب
المرهون فان بيع طرء البطلان وان انفك فللراهن الخيار في الاقباض وفي صحة الاقباض له الرهن
من دون اذن المرتهن اشكال اقول من حيث حصول حقيقته والنهي في غير العبادات لا يدل
على الفساد والفائدة عدم توقفه على قبض اخر بعد اجازة المرتهن لها ومن انه ممنوع منه فلا يكون معتبرا
في نظر الشرع وهو الاصح قال دام ظله ولو ابرأه من ماله معتقدا انه لا حق له وكان له ما يبرئه ففي صحة
الابراء اشكال اقول ينشأ من مصادفة الابراء محلا قابلا وموجبا فيصح ومن عدم القصد
الى الابراء الصحيح وهو الاصح لانه قصد الابراء المجازية وهو عدم الاسقاط ودلالة اللفظ الوضعية
تابعة للارادة **الثالث القبض مقدمات آ** القبض شرط في صحة عقد الهبة
اجمع ترتب اثره عليه فلا يملك المتهب الموهوب الا بعد القبض وعليه نص الائمة عليهم السلام والاجماع

الامامية ويتفرع عليه انه لا يجوز ولا يصح القبض الا باذن الواهب حقيقة واذا وقع العقد في
الصحة والاقباض في المرض مضى من الثلث و الثناء المتحد من العقد والقبض للواهب حقيقة يه
استدامة اليد كافية في القبض فاذا وهبه ما في يده اعني يد المتهب او في يد من يده بمنزلة يده عليه صح
وافادت الملك قال دام ظله ولو وهب ما في يد المتهب صحت الهبة ولم يفتقر الى تجديد قبض ولا اذن
ولا مضي زمان يمكن فيه القبض اقول هذا تفريع على المقدمتين اللتين ذكرناهما وتقريره ان نقول
يد ولي الطفل هي يد الطفل فاذا وهب ولي الطفل الطفل عينا في يد الولي لم يحتج الى تجديد قبض وكان
استدامة يده الى حين الهبة قبضا منه له ثم ذكر المصنف ما اذا وهب لولي الطفل ما في يد غيره وهو
اقسام آ اذا وهبه ملكه في يد المستأجر احتاج الى قبضه لان يده ليست عنه له بيد اجماعا ب اذا وهبه
ما في يد المستأجر احتاج الى قبضه لان يده ليست كيده هنا اجماعا لان قبضه لنفسه ج اذا وهبه
ماله في يد المستودع فان يده كيده لا يحتاج الى تجديد قبض اجماعا د اذا وهبه ماله في يد وكيله كانت
يده كيده اجماعا ه اذا وهبه ماله في يد المستعير ذكر المصنف ان فيه اشكالا منشاؤه من ان المستعير
قبضه لنفسه لمصلحته فكان كالمستأجر ومن انه باذن المالك لا حق لازم له بل متى شاء اخذه فكان كالوكيل
وكلام الشيخ في المبسوط يشعر باشتراط مضي زمان يمكن فيه القبض في كل موضع يكون يده كيده
واشار المصنف الى خلافه بقوله ولا مضي زمان وهو الاصح عندي قال دام ظله ولا يشترط
فورية الاقباض على اشكال اقول ينشأ من ان الاصل عدم الاشتراط ومن انه لا يستحق ابقاء
على الاجزاء الاخر مع التراخي ولان مع وجوده لا موثر وهو العقد وحالا العقد لا اثر للعقد الشرط
وهذه المسئلة تقدمت في باب الوقف واعلم ان الاصحاب اختلفوا في القبض فقال والدي المصنف
في هذا الكتاب انه شرط في صحة الهبة وهو الاصح عندي وهو اختيار ابي الصلاح ونقله ابن
ادريس عن اكثر علمائنا وقيل انه شرط في لزوم الهبة لا في صحتها وانعقادها وهو اختيار ابن البراج
وسلار وابن حمزة وابن ادريس وهو الظاهر من كلام الشيخين وقال الشيخ في الخلاف من وهب لغيره
عينا قبل ان يهل شوال فقبلها الموهوب له ولم يقبضه حتى يهل شوال فقبله الموهوب له ولم يقبضه
يهل شوال ثم يقبضه فالفطرة على الموهوب له لان الهبة منعقدة بالايجاب والقبول وليس من
شرط انعقادها القبض اذا تقرر ذلك فنقول على القول بان القبض شرط في اللزوم لا في الصحة

والانعقاد

190

والانعقاد لا يشترط فوريته وقد صرح الشيخ بعدم اشتراط الفورية في كلامه في الخلاف كما
حكيناه عنه وانما الاشكال على القول باشتراط القبض في الصحة والانعقاد ولما كان هو مذهب
المصنف في هذا الكتاب ذكر ان فيه اشكالا واختار والدي في المختلف مذهب ابن البراج واحتج
برواية ابي بصير الصحيحة قال قال ابو عبد الله عليه السلام الهبة الجائزة قبضت او لم تقبض قسمت
او لم تقسم الحديث والجواب انه لا يدل على المطلوب لان نفي اشتراطه في الجواز وهو اعم من الوجوب
ولا يلزم منه نفي الاشتراط في الاخص لان الاشتراط في الاخص اخص من الاشتراط في الاعم فنفي الاشتراط
في الاعم اخص من نفي الاشتراط في الاخص ولا دلالة للعام على الخاص ولنا رواية ابي بصير عن الصادق
عليه السلام قال الهبة لا تكون هبة حتى يقبضها فالمراد ما نفي الماهية او نفي الصحة لانه اقرب المجازات
الى الحقيقة وعلى كل تقدير فالمطلوب حاصل وطريق الجمع من الرواية الاولى والثانية حمل الثانية
على الثاني وهو نفي الصحة وفيه نظر لجواز ارادة نفي اللزوم فالاصل بقاء الملك على مالكه حتى يرد
ناقل ومع القبض ناقل متفق عليه فيبقى الباقي على الاصل قال دام ظله ولو قبضه من دون اذن
الشريك ففي اعتباره نظر وكذا كل قبض منهي عنه اقول ينشأ من تحريمه فلا يكون مرادا للشارع
ولا معتبرا في نظره ومن ان النهي في غير العبادات لا يقتضي الفساد وللقائل ان يقول فساده لطف
في الواجبات فيجب مشروعيته اذ المكلف مع فساده يكون اقرب الى الامتناع عن التصرف في ملك الغير
حينئذ لانتفاء فائدته ومعرفته باستحقاق العقاب ولا يرد في كل منهي عنه من المعاملات اذ ما
لا يستلزم حق الادمي يكفي في اللطف التكليف والاعلام واللطف في التكليف هو العام فيكون الزائد
عليه لكن من باب الاصلح وهو غير واجب واما حق الادمي فالمبالغة فيه اكثر وطلب الشرع الامتناع
منه اشد فلطفه اكثر وهو الاصح ومراده بقوله كل قبض منهي عنه كل قبض هو شرط في الصحة او
اللزوم لا مطلقا **المطلب الثاني في الاحكام** قال دام ظله المتهب ان كان ذا رحم
لم يجز الرجوع بعد الاقباض وكذا ان كان اجنبيا وعوض وان كان ببعضها او قصد الاجر او تلفت
العين او تصرف على راي وان لم يكن لازما اقول قوله على رأي في التصرف وما اختاره المصنف
هنا قول الشيخ في النهاية وابن البراج وابن ادريس وهو الاصح وقال المفيد يلزم بهلاك العين او احداث
المشتري فيها حدثا وقال ابن حمزة يلزم بخروجها عن ملك الموهوب له وان عادت وبتصرف بعد العين كالحب

نصره شرعًا و قال سلار يجوز الرجوع فيما لم يعوض عنه ما دامت العين باقية وكذا قال ابو الصلاح
ومنع ابو الصلاح من الرجوع في الهدية مع التصرف لنا قوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم
بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وهذا مال للمتهب وليس الرجوع عن تجارة
عن تراض خرج ما قبل التصرف باتفاق الخصم والدليل ولما رواه ابرهيم بن عبد الحميد عن الصادق
عليه السلم قال انت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك ان ترجع فيها وقال
رسول الله صلى الله عليه وآله من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه وفي الاحتجاج نظر لانا نسلم مع منعه
لم نسلم الدلالة فانما تدل عليه لا تقولون به لانها تدل على لزومها بالقبض وما تقولون به لا تدل عليه احتج
الاخرون برواية عبد الله بن سنان الصحيحة قال سالت ابا عبد الله عليه السلم عن الرجل يهب الهبة ايرجع فيها
ان شاء ام لا فقال تجوز الهبة لذي القربى والذي يثاب من هبته ويرجع في غير ذلك ان شاء وفي الصحيح
عن الحلبي عن الصادق عليه السلم قال اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله ان يرجع والا فليس له وهما
محمولتان على ما اذا لم يتصرف وفيه نظر لان الاصل عدم التخصيص لا يقال وجه الجمع بين رواية
ابرهيم وبين هذه الرواية ما ذكرناه لانا نقول هذه الرواية والتي قبلها اصح سندا فتقدمان
على ذلك والتاويل مع التعارض قال دام ظله ويكره لاحد الزوجين الرجوع على راي اقول
ذهب الشيخ في النهاية وابن ادريس الى كراهة الرجوع وقيل لا يجوز لرواية زرارة الصحيحة عن ابي
عبد الله عليه السلم انه قال ولا يرجع الرجل فيما يهبه لزوجته ولا المراة فيما تهبه لزوجها جيز او لم
يجز لان الله تعالى يقول ولا تاخذوا مما اتيتموهن شيئا فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه
هنيئا مريئا وهذا يدخل فيه الصداق وغيره واختاره المصنف في تذكرة الفقهاء وهو الاصح قال
دام ظله واملاك المتهب لا يبطل حق الرجوع ومع الحجر اشكال اقول ينشا من تعلق حق الغرماء
بها ومن وجود العين واستحقاق الواهب الرجوع قبله ولان استحقاق الغرماء مانع لملكه وملكه
غير لازم والتابع لا يوثر في متبوعه قال دام ظله اما جناية الهبة فالاقرب انها تبطل حق
رجوع الواهب اقول وجه القرب ان ارش الجناية مقدم على الملك الحقيقي وحق الواهب مثل ان يملك
فحق الجناية اقوى ولانه اقوى من تصرف الموهوب وتصرف الموهوب مانع فهذا اولى وانا اقول
ان كان المراد ان حق المجنى عليه مقدم على استحقاق المالك الرجوع فهذا لا شك فيه ولا يحتمل عدمه

وانكان

وان كان المراد انه منع من رجوع المالك في الفاضل عن ارش الجناية فهو ممنوع فرع لو رجع المالك ثم عفي
صح الرجوع والعفو كاشف عن صحته وعدمه عن بطلانه او نقول معنى البطلان قبل العفو والاستيفاء
رفع اللزوم وبعد الاستيفاء المستوعب الصحة وهذا هو مراد المصنف بالبطلان قال دام ظله والرجوع
يكون باللفظ الدال عليه وبالفعل مثل ان يعتق او يبيع او يهب ويكون ذلك فسخا وعقدا والاقرب الثاني اقول
وجه القرب ان الفسخ انما يثبت بتحقق العقد فلو كان باطلا لم يترتب عليه حكمه ولانه اول جزء منه فينفسخ الهبة
فسخ الجميع قال الا الرجوع العقد وهو الاصح ويحتمل عدمه لانه وقع في غير ملكه ولاستحالة اقتضاء الواحد المتنافيين
وملكا تحصيل متضادان وقال الشيخ في المبسوط يبطل البيع قال دام ظله والاقرب ان الاخذ
ليس فسخا اقول انما ان لم يوجد من يدل على الرجوع فلا يحكم بالرجوع قطعا لان كل فعل يمكن و
قوعه على وجوه غير متلازمة فانه لا يدل بمجرده على احدها الا بدليل من خارج وهو القرينة الدالة
على قصد الفاعل لانه اعم من كل واحد من تلك الوجوه ولا دلالة للعام على الخاص ويحتمل قصده
الفسخ وهو المراد بالبحث هنا فقيل لا ينفسخ الا باللفظ لانه عقد لفظي ترتب عليه مقتضاه والاصل
البقاء الا بما نص الشارع انه مبطل والعقود اللفظية التي ترتب عليها مقتضاها لم يات في الشرع
ابطالها بعد بقاء محلها بمجرد الفعل واللفظ انما ان يدل عليه بلا وسط كقوله رجعت او بوسط كالعقد
البيع الدال على اثبات ضده ويحتمل كونه رجوعا لضعف الملك فيه ولان لفظ الرجوع انما كان رجوعا
لدلالته عليه فكذا كلما يدل عليه والاصح الاول قال دام ظله وفي الارش اشكال اقول
يتفرع على جواز الرجوع مع التصرف وتقريره انه لو صبغ الموهوب الثوب ثم رجع الواهب بعد الصبغ
فيكون شريكا منهما فلو قلع الصبغ لان لكل منهما انفصال الملك عن غيره فهل على القالع ارش ما نقص عن ملك الاخر
فيقول العيب اما في الصبغ او الثوب على كل تقدير فالقالع اما المتهب او الواهب فان كان القالع المتهب
والعيب في الصبغ لم يكن له ارش وان تعيب الثوب كان عليه الارش لانه عيب ملك غيره لتخليص ملكه و
يحتمل عدمه لانه دخل في اذن المالك ضمنا لان تمليكه هو اذن له في سائر التصرفات وان كان القالع
الواهب فان كان العيب في الثوب فلا ارش لانه فعله وان كان في الصبغ احتمل الضمان لما قلنا وعدمه
لانه من فعل المتهب وتفريطه لعلمه بجواز الرجوع وصبغه وهذا من املاء المصنف لفظا بلفظ و
الاصح الرجوع في كل موضع يكون النقص من فعل غير المالك لتخليص ملكه قال دام ظله والاقرب

عدم استقلال الحق لرجوع الى الوارث اقول وجه الاقرب انه قد ملكه اياه وانما جوز الرجوع لخصوصيه
الواهب لا صالة استقلاله غيره وليس يحتمل استقلاله لانه حق له فيدخل تحت العموم والاصح الاول لان
الرجوع فيها على خلاف الاصل فيقتصر على موضع وهو الواهب قال دام ظله ولو جن فالاقرب جواز
رجوع الولي مع الغبطة اقول لانه قام مقامه والحق وهو الرجوع وللولي استيفاء حقوقه كلها
مع الغبطة ومن حيث جهل ارادته وقصده والاصح الاول قال دام ظله واذا باع الواهب
بعد الاقباض بطل مع لزوم الهبة وصح لاصحه على راى اقول وجه الصحة ما تقدم وهو الاصح وذهب
الشيخ في المبسوط الى انه لا يصح البيع لانه صار ملكا لغيره وقد تقدم قال دام ظله ولا تستلزم
الهبة العوض من دون شرط مطلقا على راى اقول هذا مذهب ابن ادريس وقال الشيخ في الخلاف
والمبسوط هبة المساوي والاعلى والادنى يقتضي الثواب عندنا وقال ابو الصلاح الهبة التي يدعوا اليها
الرغبة في العوض عنها وهي مختصة بهبة الادنى للاعلى في الدنيا ان قبلها لزمه العوض عنها بمثلها
ولا يجوز التصرف فيها ولما يعوض عنها احتج الشيخ بقول النبي عليه السلم الواهب احق بهبته ما لم
يثب قال الشيخ وابن للواهب حق الرجوع قبل ان يثاب واسقط حقه من الرجوع بالثواب وجعل ثوابا
على الحقيقة وهذا يشعر ان مراد الشيخ انها لا تلزم الا بالثواب ما توهمه ابن ادريس هكذا قال المصنف
في المختلف والتحقيق انه لا يجب مطلقا تفريع على القول بوجوب الثواب يثبت قيل بالمثل او القيمة
وهو اختيار ابي الصلاح لانه قبض بعض العوض ولا تسمية في العقد وكلما كان كذلك وجب المثل في المثلي
والقيمة في غيره وقيل ما يرضى الواهب لحديثها لما روي ان اعرابيا وهب للنبي عليه السلم ناقة
فاثابه عليها وقال ارضيت قال لا فزاده ثم قال ارضيت فقال نعم الحديث قلنا المنع السند
لا تتم الدلالة لانه تبرع قال فلو تلف الموهوب بعد عاب لم يرد وقيل الرجوع ففي الضمين نظر اقول
من حيث انه لم يقبضه مجانا بل ليدفع عوضه ولم يحصل فضمنه ومن ان الضمان انما يجب لو اتلف ملك الواهب
والبرء المتهب لا يجب عليه دفع العوض بل للواهب الرجوع في العين فالتفريط منه وقال ابن الجنيد بعدم
عدم الضمان قال دام ظله فان اوجبناه فالاقرب مع التلف ضمان اقل الامرين من العوض وقيمة الموهوب
اقول وجه القرب ان العوض ان كان اقل فقد رضي به عوضا واذن في اتلافه بذلك وان كانت قيمة الموهوب
الموهوب اقل فالمتهب لا يجب عليه العوض وانما يجوز للواهب ان يرجع في العين فلا يجب اكثر من قيمتها ومع اعتبار

العوض

العوض ان الهبة وقد انفسخت فيرجع بقيمة الموهوب لتحقيق انه متى يكون الرجوع في الهبة التي ذكر فيها
العوض حل له قبل دفع العوض مطلقا او بعد امتناعه من اداءه والاقرب الاول لقوله عليه السلم ما لم يثب
وقبل دفع العوض لم يثب فعلى هذا اذا رجع بعد تلفها وقبل دفع العوض رجع بقيمتها او مثلها لا استحقاقه وجوب
دفع العوض زائدا كان او ناقصا عن القيمة لم يكن لها لكل غيره والا كان له مثل الموهوب او قيمته لا ليس
الالزام بالعوض على مذهب المصنف قال دام ظله ولو ظهر استحقاقها بعد تلفها في يد المتهب
فالاقرب رجوعه على الواهب بما غرمه من القيمة اقول اذا وهبه عينا وقبضها المتهب ثم تلفت في يده وظهرا
استحقاقها فرجع على المتهب بالكل بقيمتها او مثلها فنقول لا يخلوا اما ان يكون عوض عنها او لا فان
لم يكن قد عوض عنها او عوض اقل مما غرم رجع بما غرم لانه غره باذنه باتلافها بغير عوض او عوض اقل
غرورا فقيد الاباحة ظاهر اولا غاية حكمه مقصود في نظر شرع العقلاء وكل مغرور كذلك فيما غرمه
اضعف من سببه غروره وكلما كان كذلك رجع على الغار وانما قلنا غرورا بقيد الاباحة احترازا
عن ان يقول له غايته الى اجره احترازا عن ولو انه اتلف مالي هذا فانه لا يرجع على الاقوى لان كلما فيه ضرر والحكمة
مقصودة له في نظر العقلاء فهو عبث وان عوض بها او اكثر رجع بما دفع ويحتمل عدمه لان الهبة لا تعقب
الواهب ضمانا لانها تبرع ولان التلف في يده والاصح الاول قال دام ظله ولو وهبه عصيرا فصار
خمرا ثم عاد خلا فله الرجوع على اشكال ينشأ من انه للاتكال صار خمرا في يده ثم تخلل هل يملكه
ام لا ومنشأ الاشكال هنا ان الموهوب اولى من الغاصب بالملكية فان قلنا يملكه الغاصب لم يجز الرجوع قطعا
هنا وان قلنا لا يملكه الغاصب بل يكون الخل للمغصوب منه ففي جواز الرجوع هنا اشكال منشأوه
استناد ملك الخل الى ملك العصير وكانه للاولى بعينه ولانه انما ملكه بسبب ملكه الاول وقد كان متزلزلا
بالرجوع فكذا هذا الملك لان المسبب لا يكون اقوى من السبب ومن خروجه عن الملك بالتخمير وتلفه فصار كما لو تلف بالكلية
او باعه المتهب ولانه جواز الرجوع من اثار التصرف في الملك المطلق وقد زال عند التخمير فيزول اثره وكذا الاشكال
لو باع عصيرا لحمار فانقلب خمرا ثم تخلل والاقوى عندي انه لا رجوع له لانه لما صار خمرا خرج عن الملكية
بالكلية واولويته اليد لا بسبب الملك بل بمجرد ثبوتها عليه فلما تخلل تجدد ملك ذي اليد لم يكن لا بسبب
الملك الاول ولا عاد الملك الاول قال دام ظله ولو عاد الملك بعد زوال احتمل الرجوع اقول
هذا فرع على جواز الرجوع بعد التصرف لما قلنا انه وجه الاحتمال انه عين ما له في يد المتهب فقد زال المانع

فان التصرف مم

من حيث انه ابتداء تمليك مغاير للاول وانما كان ذلك اقرارا له الاول لا هذا ولان هذا الملك ليس من جهته
فلا يملك فسخه وازالته وهذا هو الاصح عندي **المقصد الثالث في الاقرار وفيه فصول**
الاول في اركانه وفيه مطالب الاول الصيغة قال دام ظله ولو قال اليس لي عليك
كذا فقال بل كان اقرارا ولو قال نعم لم يكن اقرارا على راي اقول هذا قول الشيخ واكثر الاصحاب لان نعم
جواب الاستفهام تصديق لما دخل عليه حرف الاستفهام وبلى تكذيب له من حيث ان اصل بلى بل زيدت
عليها الالف وهي للرد والاستدراك واذا كان كذلك فقوله بلى رد لقوله ليس لي عليك لغلا انه الذي دخل
عليه حرف الاستفهام ونفي له ونفي النفي اثبات وقوله نعم تصديق له فكانه قال ليس لي عليك لفعلا لحصر
ما نقل عن الكسائي وغيره من ائمة اللغة وعلى وفاقه ورد القرآن قال الله تعالى الست بربكم قالوا بلى
ولو قالوا نعم لكفروا وقال تعالى ام يحسبون انا لا نسمع سرهم ونجواهم بلى وقال تعالى ايحسب الانسان ان
لن نجمع عظامه بلى وقال تعالى فهل وجدتم ما وعد ربكم حقا قالوا نعم ان لنا لاجرا ان كنا نحن
الغالبين قال نعم وقال قوم يكون مقرا لان كل واحد منهما يقام مقام الاخر في العرف والاقرار
انما يحمل على مفهوم اهل العرف لا على دقائق العربية والاصح الاول قال دام ظله ولو قال لي عليك
الف فقال انا مقر ولم يقل به على الاقوى او جئه او استنقده او دن او خذ لم يكن اقرارا ولو قال انا مقر به
احتمل لو عدا اقول وجه القوة في الاول انه لم يوجد منه لفظ دال على الاقرار فلا يحكم به اما الاولى
فلان قوله انا مقر اعم من الاقرار بالمدعى وغيره اذ يحتمل انا مقر بالشهادة او ببطلان دعواك او لا دلالة
للعام على الخاص واما الثانية فظاهرة ويحتمل ان يكون اقرارا لانه وجد عقيب الدعوى فينصرف اليها العرف
ولقوله تعالى ااقررتم واخذتم على ذلكم اصري قالوا اقررنا ولم يقولوا اقررنا بذلك ولا يرد عليه
تعالى بان قصدهم ذلك فان مرادة اخذهم باقرارهم وكلامهم لا قصدهم لعلمه بدون ذلك لقوله تعالى
فاشهدوا اي بعضكم على بعض او للملائكة ولانه جواب عن الدعوى فيكون ابلغ من نعم اما الاولى فلصلاحيته
لذلك وقد ذكره عقيب الدعوى ولم يحتج الى التعبير عن غيره فيكون جوابا لدفع محذور الهذرية فان
من ادعى عليه بدينار فقال انا مقر بكون زيد في الدار عرفنا هذارا او دفع الهذر عن كلام العقلاء
مقصود للشارع وهذا قبل الانكار بعد الاعتراف في الاستثناء فكذا الاقرار واما الثانية فظاهرة اذ نعم
دالة على الاقرار وهذا تصريح فيه وعندي في قوله انا مقر به اشكال ايضا لجواز ان يريد في المستقبل الاتمام

نم

اسم الفاعل بمعنى الاستقبال مجاز ومنع اكثر الاصوليين من صدق المشتق مع عدم قيام المشتق منه
بالنظر الى المستقبل لانا نقول قد استعمل في لغة العرب المجاز كثير ومسئلة الخلاف لا يحكم
فيها بلا قرينة ووجه الاحتمال في قوله انا اقر به انه مشترك بين الحال والاستقبال والمشترك لا يحمل على
كلي المعنيين ولا احدهما بدون القرينة والمستقبل لا يكون اقرارا ويحتمل كونه اقرارا لان العرف يستعمله
في الثابت في الذمة والالفاظ انما تحمل على معانيها العرفية قال دام ظله ولو قال لك علي الف ان شاء الله
فالاقرب عدم اللزوم اقول لانه علقه على شرط مجهول ولان المشية لا يعلم الا مع العلم بانه ثابت في ذمته
لانه مسبب لاسباب شرعية مباحة ولا رجاء ولا خوف عادة فلا يعلم الا منه وتعريف النبي بما لا يعرف
الا به او معه دور ومن انه لا انكار بعد الاعتراف غير مسموع والشرط حصل بعد تمام الاقرار ولاستعمالها
تبركا لقوله تعالى لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله ولا يكون شرطا قال دام ظله ولو ادعى زوال
العقل حال اقراره لم يقبل دعواه الا بالبينة وان كان له حالة جنون فالاقرب سماع قوله اقول لان
مجرد اللفظ لا يوجب شيئا الا مع صدوره من اهله لكنه مشكوك فيه ولا يعلم الا من حال المعروف
القوة العربية التي هي العقل لكن بوبته في حال الاقرار غير معلوم ولتبدل حال السمية والجهل بالشرط
يستلزم الجهل بالمشروط مع اصالة براءة الذمة ولا يرد القلب لان براءة الذمة ليست مشروطة وسبب
عدم الحكم بالثبوت اصل البراءة وعدم العلم بموجب الثبوت بخلاف الحكم بالثبوت ومن حكم باقراره اولا
ولو كان شرطا لما حكم به قبله ودعوى السقوط بعد الحكم بالثبوت لا يقبل ويمنع الحكم بالاقرار اولا والاصح
الاول وهو سماع قوله لان العقل شرط في صحة الاقرار فالولاية للجنون مانع لانه لولا دعواه بانه صدر حال له
للجنون لحكم به ولو كان شرطا لما حكم به حتى يعلم انه صدر في حالة العقل **قلنا** العقل شرط اجماعا
ويمنع الحكم بالاقرار مع الجهل بانه صدر في حالة العقل قال دام ظله ولو قال انا قاتل زيد فهو اقرار
لا مع النصب او لوجه التسوية في عدم الاقرار اقول اما وجه الاقرار في الاول فلانا لا لفاظ انما تحمل على
حقايقها او اقرب المجاز انما فلفظة المشتق انما تصدق حقيقة على من وجد له المشتق منه على ما هو مذهب
جماعة من الاصوليين ولما كان ذلك اقرب المجازات لان ما يثبت له الوجود بالفعل او قيامها اقرب مما لم
لم يثبت له بعد خصوصا هنا لتحقق اثره ولوجود قرينة دالة عليه هي عدم الاهمال فان اسم الفاعل
بمعنى الماضي لا يعمل فصار قوله انا قاتل زيد على الماضي ولاستعمال العرف اياه في الاقرار واما مع النصب فلان اسم الفاعل

نتحقق بدا

اهل العربية على انه بمعنى الماضي لا يعمل فيكون بمعنى المستقبل اذ الحال معلوم فلا يكون اقرارا وبيان
انه قد يستعمل في الماضي والمستقبل ودقائق العربية لا يعرفها الا بعض الناس فلا يحمل عليها لجواز
جهلها او ارادة الخطاب المتداول بين العوام ولجواز الاضافة في المستعمل في الاستقبال وفرق بين العمل
والاعمال والثاني احسن لان العمل تاثير العامل في المعمول لفظا خاصة وعدم الخاص لا يستلزم عدم العام
والملخص وان كان اقرب بوجه لكن المستقبل اقرب بآخر من حيث الامكان فانما علم امتناع وجوده اذن
لامتناع اعادة المعدوم وما لم يوجد بعد تحقق اثره غير معلوم هنا والاصح عدم كونه اقرارا في الحالين
لان كل صيغة احتمل فيها لغة او عرفا الا يكون اقرارا خصوصا فيما هو مبني على الاحتياط التام كالدماء
قال دام ظله المريض يقبل اقراره ان برأ مطلقا على اشكال اقول اختلف الفقهاء في اقرار المريض
فقبل من الاصل مطلقا وقال بعضهم ان كان متهما في اقراره مضى من الثلث كالوصية وسياتي البحث في ذلك
في هذه المسئلة نوع على قول من يقول انه يمضي من الثلث على تقدير ان يكون متهما في هذا الاقرار وفيه اشكال
ينشأ من عموم قوله عليه السلم اقرار العقلاء على انفسهم جائز ولزوال المانع وهو المرض ومن اطلاق
الاصحاب اللزوم اذا برأ ومن انه بالتهمة صار وصية وهي لا يلزم والاصح عندي الاول وقوله مطلقا
اي سواء كان متهما او غير متهم قال دام ظله ولو اقر بدين مستغرق ثم ثبت بالبينة آخر مستغرق او اقر
الوارث على اشكال اقول ينشأ في الاول من تعلق حق الغرماء به فصار كاقرار المحجور عليه ومن انه
اقوى من البينة لانتفاء التهمة ولانه محجور عليه لقوله عليه السلم المريض محجور عليه الا في ثلث ماله ولقائل
ان يقول هنا ليس بتصرف بل هو بيان واخبار عما هو في نفس الامر فان العاقل لا يتلف مالا لنفسه
وعليه دين فلا يؤديه وهذا هو المشهور ومفاوته في الثاني من انه خليفته فاقراره ومن انه
لا ينفذ تصرفه فلا ينفذ اقراره ولانه من حين الموت حصل الملك للوارث وتعلق به الدين ولم يملك لقوله
من بعد فعلى الثاني لا يقبل اقراره وعلى الاول يحتمل الوجهان المساواة لانه الميت في الملك ومن حيث ان
ملك الميت قوي والاصح انه لا يصح بمعنى تقدمه بما ثبت بالبينة او باقرار المورث وعدم مزاحمته للغرماء
لتعلق حق الغرماء كالدين بالرهن قال دام ظله ولا فرق بين الاقرار للوارث وغيره على راي
اقول هذا اختيار الشيخ والمفيد وابن البراج وسلار وابن ادريس ورواه في كتاب من لا يحضره الفقيه
وهو الاصح عندي وقال في المقنع انه يمضي في حق الوارث من الثلث واطلق وذهب ابن حمزة الى نفوذه

في

في حق الاجنبي من الاصل مطلقا وفي حق الوارث من الثلث مع التهمة من الثلث لنا ما رواه منصور
بن حازم في الصحيحة عن ابي عبد الله عليه السلم انه سئل عن رجل اوصى لبعض ورثته ان له عليه دينا فقال ان كان
الميت مرضيا فاعطه الذي اوصى له وفي الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلم قال قلت الرجل يقر لوارثه بدين
فقال يجوز اذا كان مليا احتج صاحب المجمع برواية اسمعيل بن جابر في الصحيحة عن ابي عبد الله عليه السلم
قال سألته عن رجل اقر لوارث له وهو مريض بدين عليه فقال يجوز اذا كان الذي اقر دون الثلث
واذا للمشروط وانتفاء الشرط موجب لانتفاء المشروط ولان الوارثة موجبة للتهمة والجواب
حملها على التهمة جمعا بين الادلة ومنع الصغرى في الثاني قال دام ظله ولو اقر بوارث فالاقرب
اعتبار التهمة وعدمها اقول وجه القرب انه تضمن الاقرار بالمال فاذا كان متهما فالمقتضي
موجود فيثبت فيه الحكم ومن حيث انه اقرار بالنسب والمال تابع بالعرض قال دام ظله العبد لا
يقبل اقراره بمال ولا حد ولا جناية توجب ارشا او قصاصا الا ان يصدقه السيد ويتبع بعد العتق ولو
قيل يقبل ويتبع به ان لم يصدقه السيد كان وجها اقول منشأ القولين ان العبودية سلبت اهليته
للاقرار ومناطها اهلية البلوغ والرشد والحرية شرط في نفوذه او العبودية مانعة من نفوذه يحتمل
الاول لان شرط وجوب دفع مال على ذمته تحقق اهليته للملك والا لزم تكليف ما لا يطاق ولا شيء من
العبد كذلك لقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء مع قدرته على اسباب الملك كلها
بخلاف المعسر القادر على تملك المباحات في الصدقات والهبات ولان فيه نقصا لقلة الرغبة فيه
اذ ضمان شيء في الحرية يمنع الميراث لولاه وان كان مطلوب فيقل قيمته ويحتمل الثاني وهو الاصح
لقوله عليه السلم اقرار العقلاء على انفسهم جائز والجمع المعرف بالالف واللام للعموم ولان المحال
يلزم لو وجب في الحال اداؤه وليس بل بعد الحرية وهو ممكن والثاني قول الشيخ في المبسوط لانها
غيره يجامع الملك فلا يمنع اهليته قال دام ظله ولا يصح اقرار المولى عليه بحد ولا غيره ولو اقر
عليه بالجناية فالاقرب قبول قوله ويجب المال ويتعلق برقبته لا في حق العبد يفك فيعتق بالقيمة بالارش
وان قصرت على قولين اقول في هذا الكلام مسئلتان آ اقرار السيد على العبد بحد او غيره
من العقوبات كالتعزير وضرب السيد في الاستمتاع به لا ينفذ على العبد اذا لم يقر العبد لانه اقرار
بما يتعلق ببدنه او بما يؤلمه وهو لا يملك منه ذلك وهذه المسئلة اجماعية بيننا ب اقرار المولى

عليه بالجناية فنقول اما ان يكون الجناية موجبة للقصاص لو ثبتت عليه او موجبة للمال فان كان الاول
فهو مبني على مسئلة هي ان الفقهاء اختلفوا فقال بعضهم كلما يوجب القصاص لا يثبت فيه الا القصاص
واذا فات محله فلا عوض له والدية لا يثبت الا صلحا عوضا عن العفو فعلى هذا لا يقبل اقرار السيد في
حقه وقال الاكثر انه يثبت احد الامرين على البدل القصاص فان تعذر يثبت عوضه الدية فعلى هذا يحتمل
عدم القبول ضعيفا لان الدية تابعة لثبوت القصاص ولا يثبت باقراره هنا فلا يثبت الدية والاصح الثبوت
لان القصاص هنا متعذر وهو ثابت بالنسبة الى السيد فيثبت الدية في رقبته لانها مال السيد وقد اقر بتعلق
حق القصاص بها ومع تعذره فالدية وقد تعذر الاول فيثبت الثاني وهو الاقرب عند المصنف لعموم قوله
عليه السلم اقرار العقلاء على انفسهم جائز ولا نسلم ان الدية تابعة لثبوت القصاص بل لثبوت سبب وجوبه
وان امتنع وجوبه لمانع الحكم لا لمانع السبب وان كانت الجناية توجب المال كالخطا حكم بتعلقه برقبته
بلا اشكال واعلم انه على التقديرين فالحكم بالجناية على السيد بالنسبة الى العبد فيثبت حكمها عليه
ولا يثبت الاقرار في حق العبد في فك الارث لو مات ابوه ولا وارث سواه عتق بالقيمة وان قصرت عن الجناية
على قول ابن ابي علي وقولنا من انه يفك باقل الامرين وعلى قول الشيخ رحمه الله حيث قال يفك بارش الجناية
اما هنا فلا لانه اقرار في حق العبد ولا يلزم العبد بعد عتقه من ارش الجناية التي اقر بها السيد
شيء وكذا لو اقر برهنه الى اجل فانه لا يسقط الاجل الملك بالقيمة لان العتق غلب لثالث المقر
له قال دام ظله فان قال بسبب الجناية قبل كونه اقرارا بالملك على تقدير الاستيجار وفيه نظر اذ قد يجب
بسببها ما لا يستحقه المالك كارش الجناية على سائقها او راكبها اقول هذا قول بعض الاصحاب
وقال الشيخ في المبسوط فان قال بسبب هذه البهيمة الف درهم كان ذلك اقرارا بالف ومعنى السبب ان يكون
الالف يثبت عليه بارش جناية منه عليها او اجرة منافعها او ما اشبه ذلك فعلى قول الشيخ يكون لمالكها
وقال المصنف فيه نظر منشاؤه مما ذكره ومن اغلبية ما ذكره الشيخ وانما يحمل على الغالب لانه ارجح ولان
ما حصل بسببها كالنماء والاصل فيه كونه لمالكها والاصح ما اختاره المصنف وهو انه لا يكون لمالكها بل
يكون مجهول المالك لانه اعم من استحقاق المالك ولا دلالة للعام على الخاص نعم لو ادعاه المالك كان
له لانه مال لا يدعيه غيره قال دام ظله ولو اقر للميت صح وانتقل الى ورثته ولو قال لا وارث له سوى هذا
الزم التسليم اليه لو كان دينا وفي العين نظر اقربه وجوب البحث اقول لانه اقرار في حق غيره فلا ينفذ

ومن حيث اقرار من صاحب اليد ولانه اقرار بالملكية وسببها وحق الغير مستند كالضمان والاصح
الاول والا لنفذ الاقرار في حق الغير ولا اعتبار باليد هنا والفرق بينه وبين الدين لا يتعين الا بالدفع
الى المقر له فيكون اقرارا في حق نفسه خاصة قال دام ظله ولو اقر للحمل فلانه وعزاه الى الوصية
او ميراث صح الحمل او عزاه الى سبب ممتنع كالجناية عليه والمعاملة له فالاقرب اللزوم والغاء المبطل
ولو اطلق فالوجه الصحة تنزيلا على المحتمل اقول البحث هنا في موضعين آ مع الاطلاق وقال في المبسوط
قيل فيه قولان احدهما يصح والاخر لا يصح قال فيه والاول اقوى ووجه الصحة عموم قوله عليه السلم اقرار
العقلاء على انفسهم جائز وامكانه فحكم به عليه ومعنى قوله تنزيلا على المحتمل اما حمله على الوصية او الميراث
وان كان مطلق الملك اعم منهما لكن حيث انحصر سبب ملكه هنا فيهما والاقرار بالمعلول اقرار بالعلة
حكمنا به عليه ووجه البطلان ان الملك نسبة واضافة لا يتحقق الا مع تحقق المنتسبين خارجا
وهو هنا غير معلوم فلا يحكم به ولان شرط ملك الحمل سقوطه حيا لان شرط الملك حيوة المالك ولا يعلم
وجودها قبل سقوطه حيا والمشروط لا يتقدم على الشرط والميراث والوصية سببان للملك عند سقوطه
فاذا وجد كل واحد منهما منع ملك غيره وان ملكه فهو في نمائه عند سقوطه حيا فلذلك صح الاقرار
مع استناده الى سبب صحيح لان الاقرار في الحقيقة بوجود السبب بالتبعية بالملك ومن قال بالصحة
عند الاطلاق وجعل سقوطه حيا كاشفا عن سبق ملكه [؟] وان نبرهما فيه فجعل سقوطه ميتا كاشفا عن
ما فيه عدم ملكه وعدم اثرهما والاول اقوى ب مع تعيين سبب محال وهذا مبني على المطلق
فان بطل ثم فهنا اولى وان صح ثم احتمل هنا لانه انكار بعد اعتراف فيبطل لامتناع اجتماع بطلانه
هنا مع صحته عند قوله من ثمن خمر في عدة لانه ذكر السبب الفاسد اما انه يقصر الحصار فيه وبطلان
الاقرار مع امكان غيره او لا فان قضى فقضى فيهما والا اسقط فيهما لكن الثاني ثابت بالاجماع فيمتنع
الاول وقال ابن الجنيد وابن البراج وجماعة ببطلانه لان الكلام لا يتم الا باخره والاصح عندي البطلان
في المسئلتين هنا لعدم الاطلاق والتقييد بالمحال لانه لا ملك للحمل الحقيقية وانما يوجد بسبب يصلح للتمليك
فاذا لم يقر به لم يصح قال دام ظله ولو اقر لمسجد او مشهد او مقبرة الى قوله وان اطلق او عزاه
الى سبب باطل فالوجهان اقول اذا اقر للمسجد فان اسنده الى سبب صحيح كغلة وقف صح اجماعا وان اطلق
فعلى وجهين خرجهما من القولين في مسئلة الحمل وان اضاف الجهة فاشد خرج حكم المسئلة على الاحتمالين

في الحمل على البطلان هنا اولى لاستحالة الملك حقيقة هنا والمجاز ابعدها قال دام ظله ب
عدم التكذيب فلو قال هذه الدار لزيد فكذبه لم يسلم اليه ثم اما ان يترك في يد المقر او القاضي فان رجع
المقر له عن الانكار سلم اليه فان رجع المقر في حال الانكار فالاقرب عدم القبول لانه اثبت الحق لغيره
بخلاف المقر له فانه اقتصر على الانكار اقول اذا اقر انسان بعين مخصصة غير انسان في يده لشخص
معين قابل لتملكها جامع لشرائط التصرف فكذبه المقر له فيه مسائل آ لا يسلم العين الى المقر له اي لا يجبر المقر له على قبضها
ويسلمها خلافا للبعض لما ستعرفه ثم ماذا يعمل بها فقولان احدهما يترك في يد المقر لانه لا يعرف مالكها ويده
من اهلية اليد عليها والاصل في يد المسلم والثاني للقاضي فهو اولى الناس بحفظها ولاقتضائها
الملك به ظاهرا فلا اقل من ان يقتضي استحقاقها ظاهرا والاقرار عارضه الانكار فاوقف حكمه
ومنع تأثيره في الحال فبقي المقتضي لا معارض فيترك في يده وثانيهما يتولاها القاضي لانه ولي الغياب عن
المشاهد او عن المعلوم من هو فان راى استحفاظ صاحب اليد كان امينا للقاضي كما لو استحفظ
عدلا غيره وهذا هو الاصح عندي وقول المصنف اما ان يترك في يد المقر او القاضي ليس للحصر بل للترديد
بين القولين ب لو رجع المقر له عن الانكار وصدق المقر قبل رجوعه لان هذا الملك لا يدعيه
احد الا هو وصاحب اليد قد اقر له به فعلى هذا عدم تكذيب المقر له ليس شرطا في صحة الاقرار بل في نفوذه
والحكم به بخلاف الشرط الاول فانه شرط في صحة الاقرار ج ان يرجع المقر في اقراره ويكذب نفسه
في حال انكار المقر له قال المصنف الاقرب عدم القبول اما اذا قلنا انتزع من يده ويتولى حفظها
القاضي فلا يقبل رجوعه قطعا واما على القول بتركها في يده لا عن القاضي ففيه الاحتمال الضعيف
الذي فيما بعد ولذلك قال المصنف الاقرب لانه سلب ملكها عن نفسه باقرار محكوم به عليه لعموم الخبر المشروط
بعدم التكذيب بعود الاثبات لغيره في الحال والحكم به يحتمل القبول لانه مال لا يدعيه غيره وقد ادعاه
هو ولانه انما حصر ملكه في ملكه زيد وقد نفاها فبقي كالمباح ولان العدم هنا يعلم بثبوت
الضد وليس كما تقدم وقوله لانه اثبت الحق لغيره الى آخره اشارة الى الفرق بين المسئلتين اعني
رجوع المقر ورجوع المقر له فان رجوع المقر انكار بعد اقرار لمعين محكوم به ورجوع المقر له اعتراف
بدعوى انكرها قبل والشارع سمع الثاني دون الاول والاقرار المقر حكم بحادث ثبوتي وهو ملكا لغيره هو
حكم العلم بسببه وثبوته فلا يقبل التاويل بخلاف انكار المقر له لانه بناء على العدم الاصلي ويكفي فيه

عدم

عدم العلم بثبوت السبب فيقبل التاويل قال دام ظله ولو اقر لعبد بنكاح او تعزير او قذف فكذب
السيد فالاقرب اللزوم بخلاف ما لو كذب العبد اذ لا حق للسيد هنا اقول ويحتمل عند الاطلاق
الاصحاب ان الاقرار للعبد اقرار للمولى والاصح ان تعزير العبد لا يورث للسيد فيه لانه لا حق له
فيه قطعا واما النكاح فيحتمل تاثير رد المولى فيه لانه موقوف في اصله على رضاه فانه لا يصح ان ينكح
الا باذن السيد فاذا اقر بثبوته فهو اقرار على السيد فلا يلزم ويحتمل العدم لانه لا حق للمولى في النكاح
وهو الاصح لانا نحكم بثبوت حكمه في حق المقر له فيما يتعلق بحقوق المولى قال دام ظله ولو انكر
المقر له بعبد قيل يعتق وليس بجيد بل يبقى على الرقية المجهول المالك ويحتمل الحرية اذا ادعاها العبد
اقول لما بحث عن الاقرار بغير انسان اذ كذبه المقر له شرع هنا في البحث عنه اذا اقر بعبد لانسان فانكر
المقر له وقد اختلف الفقهاء فيه هل يعتق العبد ام لا فقيل يعتق وهو قول الشيخ وابن البراج
لان صاحب اليد لا يدعيه والمقر له ينفيه واسقاط ملك غيرهما بالاصل ولانه كلما نفى ملكه وملك غيره
مطلقا عتق والمقدم هنا ثابت اذ باقراره نفى ملكه وملك من عدا المقر له وحكم الشارع به وحصل الملك
في زيد ثم نفى زيد ملكه واعتبره الشارع ايضا فاسقط الملك مطلقا عنه وابطله المصنف فانه محكوم
برقه والاصل مالك ورفع الخاص لا يستلزم رفع العام ووجه الاحتمال الاخر وهو الحرية اذا ادعاها
العبد وهو الاصح عندي انه مدع لا منازع له فيكون كالكيس ويحتمل العدم للحكم عليه بالملكية
المطلب الرابع في المقر به قال دام ظله ولو اقر بحرية عبد في يد غيره لم يقبل فان اشتراه
صح تعويلا على قول صاحب اليد والاقرب انه فداء في طرفه بيع في الطرف البائع فلا يثبت فيه خيار المجلس
والشرط في الحيوان بالنسبة الى المشتري كما لا يثبت في بيع من يعتق على المشتري اقول الشهادة
على العبد بعين في ملكه يكون اقرارا من الشاهد من وجه بمعنى انه لو لم ينفذ شهادته وحصل يوما من الدهر
في يده بحيث لولا شهادته لكان ملكه تحقق زواله بتلك الصيغة للاقرار وحكم عليه بمقتضاها فلو قال
ان زيدا اعتق عبده غانما ثم لم يحكم بحريته في الحال بمجرد قوله فلو اقدم على شرائه قال الشيخ في المبسوط يصح الشراء
والظاهر انه يريد في الظاهر لانه وقع لولاه تنزيلا للعقد على قول من صدقه الشرع وهو البائع حينئذ
اليد قالوا وفارق الاقرار برضاع محرم بينه وبين امراة فسد نكاحها فان الشراء يحصل العتق او
مقتضى الاقرار بخلاف النكاح لان الرضاع مناف له فيمنع من الاستمتاع فيخرج اعترافه بتحريم عليه [illegible]

انه ليس بشراء بل امداء لان البيع عقد مركب من جزين الايجاب والقبول وصحته بصحتهما وفساده بفساد
احدهما والقبول غير صحيح بالنسبة الى البيع لاعتراف المشتري بحريته وامتناع شراء الحر والتحقيق
ما قاله المصنف وهو انه يجتمع فيه المعنيان جميعا فهو بيع من جهة البايع لا محالة وفداء واستنقاذ
من جهة المشتري للحكم عليه بكل من اقراره عملا بعموم الخبر ويتفرع على هذه القاعدة فروع آ الخيار لا يثبت
شيء من انواعه للمشتري هنا لانه حكم عليه بعتقه فهو كما اذا اشترى من ينعتق عليه قبل ولا ياخذ الارش
لو خرج العبد معيبا لانه لا ارش في الفداء وفيه نظر لان الارش جزء من الثمن فالبايع بغير استحقاق وجه
والمدعي يدعي استحقاقه مع الكل لانه يزعم ان البيع باطل وان الثمن كله مستحق له والتحقيق عندي
انه له اخذه ب لا يحكم بالولاء ظاهرا لا للبايع ولا للمشتري لزعم البايع انه غير معتق والمشتري انه غير
معتق فياخذ المشتري قدر الثمن مما له الذي اكتسبه بعد الحكم بعتقه لان البايع ان كان صادقا فكل
المال للمشتري وان كان كاذبا والصادق هو المشتري فالولاء للبايع في نفس الامر وقد ظلم المشتري باخذ
الثمن وقد ظفر له بماله فياخذ ما ظلمه به منه هذا اذا لم يكن له وارث والا فالعتق فيه ولا فان فضل كان
موقوفا وهو اختيار الشيخ رحمه الله ولو قال انه حر الاصل كان شراؤه فداء من جهته باجماع الكل فيه
وارثه فاذا فقد النسب والسبب فالامام وليس للمشتري ان ياخذ منه شيئا ج لو تلف العبد قبل القبض لم يكن
للبايع المطالبة بثمنه اجماعا واعلم ان الفداء والاستنقاذ دفع عوض عن يد فان كانت اليد لا يستحق ازالتها
ظاهرا فالاستنقاذ شرعي والا ضروري

الفصل الثالث في الاقرار بالمجهول وفيه مسائل

قال دام ظله ولو قال غصبته شيئا ففسره بالخمر او الخنزير قبل مع كفر المقر له ومع الاسلام اشكال
اقول منشأه من الاختلاف في تفسير الغصب فقال بعضهم انه عبارة عن الاستيلاء على ملك الغير ظلما
لاشتماله على عدم لحوق الغير واشتراط ذلك في الخمر وقيل انه استيلاء منهي عنه على ما في يد محترمة تستحق الانتفاع
عليها ظاهرا ووضعها جعلوا الغصب تبع استحقاق اليد وهو متحقق في الخمر لثبوت حق الامساك للتخليل ولانه
يستعمل في العرف على رفع اليد قهرا عن شيء لا يستحق الرافع اثبات يده عليه والخمر والخنزير كل منهما شيء و
التحقيق ان الاشكال الذي ذكره المصنف في الخمر لا في الخنزير فانه لا يقبل والاصح عندي انه لا يقبل فيهما
قال دام ظله ولو امتنع من التفسير حبس حتى يبين وقيل يجعل ناكلا فيحلف المدعي اقول الاول
اختيار المصنف وبعض الاصحاب لانه قد صار مقرا وبالامتناع من التفسير صار مانعا من حق يثبت عليه

فوجب

199

فوجب ان يحبس والثاني قول الشيخ في المبسوط وابن ادريس وقطب الدين الكيدري لانه بالامتناع
من التفسير صار كالممسك عن جواب الدعوى فاقتضى ان يصير ناكلا والاصح الاول قال دام ظله
ولو قال مال جليل او جليل او عظيم او نفيس او خطير او عظيم جدا او عظيم عظيم قبل تفسيره بالقليل
ايضا ولو قال كثير قيل يكون ثمانين والاقرب المساواة اقول الاول قول الشيخ في المبسوط وابن البراج
وقطب الدين الكيدري لانه استعمل فيها وهو دليل الحقيقة اما آ فلقوله تعالى لقد نصركم الله
في مواطن كثيرة فعدت فكانت ثمانين وللحمل في النذر عند الاطلاق على ذلك للرواية وهو خاصة الحقيقة
واما ب فلاستدلال ابن عباس باستغنى دها ثقا على وضعه للملان عند احصاره ولا يرد الاشتراك
للاصل ولا التواطي والا لما افاد ذلك عند الاطلاق في النذر والثاني قول ابن ادريس والمصنف
وابي القسم بن سعيد وهو الاصح عندي لاختلاف التاريخ الكثير ولا حد له في الشرع ولا اللغة
ولا العرف ولان كل مال كثير بالنسبة الى ما دونه والاستعمال اعم من الحقيقة والمجاز ولا دلالة للعام
على الخاص واستدلال ابن عباس بعموم المامور للملان من اللفظ لدها فعند الاطلاق هو من
علامات الحقيقة والقرينة في الظاهرة والرواية في صورة الخاصة فلعله عليه السلم علم ومع
تسليمه فلا يمنع التواطي او التشكيك بل هو الظاهر لاستعماله في غيره في صور كثيرة كقوله تعالى اذكروا
الله ذكرا كثيرا وكم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة ولانه لو لم يكن متواطئا ولا مشككا لكان جعله
مجازا فيما ذكره اولى لاستعماله في غيره فاما بالاشتراك والمجاز خير منه او يكون مجازا في
غيره وحقيقة فيه ولكن غيره اكثر استعمالا منه فصرف اليه ترجيحا للاغلبية وقيل بالوقف
لتعارض كثرة المجاز واولوية الحقيقة قال دام ظله ولو قال اكثر من مال فلان الى قوله
ولو فسر بالبقاء والمنفعة او البركة وكان اقل في المقدر في القدر والعدد بان يقول الدين اكثر بقاء
من العين او الحلال اكثر من الحرام او انفع فيغا لسماع نظر اقول ينشأ من انه عند الاطلاق
ومن انها تطلق على هذه المعاني ايضا لكن بتقييد فهو مجاز لكنه اعرف بنيته وقصده والاصح
الثاني لان اللفظ اذا كان له حقيقة ومجاز فهو بالنسبة الى الحقيقة ظاهر وبراءة الذمة اقوى
منه فلا ينافي تفسيره وهو اعرف بقصده فيقبل تفسيره قال دام ظله ولو قال له علي اكثر
الف دينار فقال لك علي اكثر من ذلك لزمه الالف وزيادة ولو فسر باكثر فلوسا او حبة حنطة او دخن

في الكثرة ولا كثر انما يطلق حقيقة على العدد واللفظ انما يحمل على الحقيقة

فالأقرب عدم القبول أقول لفظ أكثر أفعل التفضيل وإنما يستعمل حقيقة مع اتحاد الجنس ويحمل
عليه عند الإطلاق كقوله تعالى كانوا أكثر منكم وعلى غيره بقيد كقوله أنا أكثر منك مالا وقالوا
نحن أكثر أموالا وأولادا ويحتمل القبول لصدق أكثر على الزائد في المقدار وإن اختلفا في الجنس حقيقة
لأن العرف واللغة متطابقان على ما هو نفس الأمر من أن الكثرة إنما تقوم من الآحاد فإن أخذ الواحد
من حيث هو واحد فقط لم يكن الحاصل من اجتماع أمثاله إلا الكثرة سواء كان معروض الوحدات مختلفا
بالماهية أو متفقا وإن أخذ من حيث هو إنسان أو حجر مثلا فقط يكن اعتبار كونها كثرة حاصلا إلا مع اعتبار
الوحدات فصدق الكثرة تابع لاجتماع الوحدات من غير اعتبار معروضها البتة فإذا زادت الوحدات صدق
الأكثر من غير اعتبار المعروض قال دام ظله ولو قال كذا كذا فهو تكرار ولو فسر المفرد بدرهم نصبا لزمه
درهم ويجب على التمييز وقيل يلزمه عشرون أقول إذا قال لفلان علي كذا فهو كما لو قال شيء فيقبل تفسيره
بما يقبل به تفسير الشيء كذا وكذا فصلية التفسير لشيئين مختلفين أو متفقين فيفسر كل واحد منهما
في تفسيره كذا من غير عطف وكذا الحكم لو قال علي شيء شيء ولو قال كذا درهما بالنصب ففيه قولان ذكرهما
المصنف هنا الأول وهو اختيار المصنف هنا أنه يلزم درهم واحد وقوله درهما تفسير لما أبهمه وهو
الأصح عندي وقال بعض النحويين هو منصوب على القطع كأنه قطع ما ابتدأ به وأقر بدرهم وهذا على
قول نحاة الكوفة والثاني قول الشيخ في المبسوط لأن أقل عدد مفرد ينتصب ما بعده على التمييز عشرون
وفيه نظر لأن في الإقرار لا يراد إلا المبهمات بالمعينات بواسطة الإعراب لأن أصل البراءة أقوى من اصطلاح
النحاة ولأن مخاطبات العامة بين أهل العرف العام لا يحمل على اصطلاحات العرف الخاص ولأنه لو قال
كذا درهم صحيح بالجر لم يلزمه مائة باتفاق الكل وإن كانت الموازنة المذكورة يقتضي لزوم المائة
والتعبد بالصحيح لنفي احتمال نصف درهم أو ثلث درهم واعترف الشيخ بأن الصيغة متى احتملت
غير الإقرار بالشيء لا يكون إقرارا بذلك الشيء ودلالة الإعراب ظنية وبناء نقل الأموال على الاحتياط
التام إجماعا وقال ابن إدريس والأولى الرجوع إلى تفسيره لأن كذا لفظ مبهم محتمل ولا
تعلق على الذمم شيئا بأمر محتمل فالأصل براءة الذمة قال المصنف في المختلف والتحقيق أن القائل
إن كان من أهل اللسان ألزم بما قاله الشيخ وإلا رجع إلى تفسيره كما قاله ابن إدريس قال
دام ظله ولو جره لزمه جزء درهم ورجع في تفسيره إليه والتقدير جزء درهم وكذا كناية عنه وقيل

فلو قال ... فهو كما لو قال كذا وكذا والتكرار للتأكيد لا للتجديد ولو قال كذا وكذا

١٢٧

يلزمه مائة أقول وجه الأول أصالة براءة الذمة مع احتماله في الكلام وهو الأصح
عندي والقول الثاني للشيخ في المبسوط لأن كذا كناية عن العدد ودرهم بالجر مميز له وأقل
عدد يخفض بعده المميز المائة هكذا نص عليه أهل اللغة ولم يوجد في كلام العرب غير ذلك وأجاب
المصنف عنه بما ذكره وحاصله منع المقدمة الأولى وذكرنا المنع والجزء متيقن والزائد محتمل والأصل
عدمه ومذهب ابن إدريس هنا كالأولى وكذا المصنف في المختلف ولا ريب أن دعوى الشيخ عرف
خاص والعام واللغة يقتضيان إجمالها والألفاظ إنما يحمل على العرف العام خصوصا والأصل
براءة الذمة ولو قال كذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد باتفاق الكل قال دام ظله وكذا لو كرر
بغير عطفه ولا يقتضي الزيادة كأنه قال شيء شيء وفي الجر يحتمل أنه أضاف جزءا إلى جزء ثم أضاف
الأجزاء إلى الدرهم كنصف تسع درهم وكذا لو قال كذا كذا وقيل يلزمه مع النصب أحد عشر أقول
الثاني قول الشيخ في المبسوط لأن أقل عدد مركب وانتصب ما بعدهما أحد عشر وفي الخلاف والبحث
كما تقدم قال دام ظله ولو عطف ورفع لزمه درهم لأنه ذكر شيئين ثم أبدل عنهما
درهم وكأنه قال هما درهم ولو نصب احتمل لزوم درهم لأن كذا يحتمل أقل من درهم فإذا عطف مثله
وفسرهما بدرهم جاز بدرهمين لأنه ذكر جملتين وفسر بدرهم فيعود إلى الجميع كمائة وعشرين درهما ويعود
تفسيرهما إلى الجميع وأكثر من درهم بناء على أن الدرهم تفسير للأخير ويبقى الأول على إبهامه وقيل يلزمه
أحد وعشرون أقول هذا هو قول الشيخ في المبسوط لأنه أقل عدد عطف أحدهما على الآخر وانتصب
الدرهم بعدهما والخلاف والبحث كما تقدم والأصح أنه محمل يرجع فيه إلى تفسيره قال دام ظله
ولو قال ألف وثلاثة دراهم أو خمسون درهما أو ألف ومائة وخمسة وعشرون درهما أو خمسة عشر درهما
أو ألف ومائة درهم فالجميع دراهم على إشكال أقول ينشأ من صلاحية تمييز الجمل به كما قال
تعالى إن هذا أخي له تسع وتسعون نعجة والحديث أن رسول الله صلى الله عليه وآله توفي وهو ابن ثلاث وستين
سنة وقال الشاعر ولها اثنتان وأربعون حلوبة سودا كخافية الغراب الأسحم ولأن
حكم المعطوف والمعطوف عليه واحد ولأنهم كرهوا تكرار التمييز في مثل ذلك كقوله تعالى
ولبثوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعا وبه قال شيخنا الطوسي وابن إدريس ومن
أن رجوعه إلى الأخيرة هو المتيقن فيحمل عليه والباقي يكون محتملا ولقوله تعالى أربعة أشهر وعشرا

ولانه كالاستثناء ولان العطف اذا لم يكن وصفا لم يكن بيانا كقوله الف وعبد ولا يكون كل
الالف عبيدا ولان العطف لو كان بيانا لاستحال انتفاء صفة المعطوف عليه ولما جاز ان يقول
مررت برجل وصبي ولانه اعم لقبوله التقييد ولا دلالة للعام على الخاص ومنع تساوي المعطوف
والمعطوف عليه في كل الاحكام سلمنا لكن لا في الذوات والصفات المميزة والا لكان غيره
مجازا لكنه كثير فيلزم محذور الاشتراك والمجاز والقرينة في العدم ظاهرة فان العشرة بعيرا
والاشهر مذكورة فعلى الاول لو باعه شيئا بذلك صح وعلى الثاني لا يصح قال دام ظله ولو قال
درهم ونصف فالاقرب حمل النصف على السابق اقول لانه المتعارف ويحتمل عدمه للاحتمال والحكم
في اموال الناس انما هو بالمتيقن وبجهالة الشارع مقاصده ولم يشخصها ولان العطف في المفرد
يقتضي الاشتراك في الحكم المذكور لا في الجنس قال دام ظله ولو قال من درهم الى عشرة احتمل
دخول الطرفين وخروجهما وخروج الغاية اقول لان المبدأ والغاية قيل يدخلان معا كما لو قال
قرأت القرآن من اوله الى آخره وقيل يخرجان معا وهذا اختيار ابن دريد لان مبدأ الشيء لا يكون
منه والغاية لا يدخل لانها النهاية وهذا كما لو قال بعتك من هذا الجدار الى هذا الجدار فانه لا يدخل
الجداران في البيع اجماعا ولقوله تعالى ثم اتموا الصيام الى الليل وقيل يدخل المبدأ لان مبدأ الشيء
داخل فيه وتخرج الغاية وهو اختيار الشيخ لان الملتزم اريد من الواحد والواحد مبدأ العدد
والالتزام فلا يخرج وفيه نظر لان هذا دليل ظني مبناه على الاغلب فلا يعارض اصل البراءة والاصح
عندي الثاني عملا بالمتيقن قال دام ظله ولو قال درهمان في عشرة واراد الحساب لزمه عشرون
ولو اراد درهمين مع عشرة قبل ولزمه اثنا عشر ويقبل منه هذا التفسير وان كان من اهل الحساب
على اشكال لان كثيرا من العامة يريدون هذا المعنى اقول ويحتمل العدم لان العرف الخاص
عنده نقله الى ما يقتضيه الحساب والمنقول انما يحمل على المنقول اليه عند اهل ذلك العرف الخاص
وهو منهم لا على المعنى الاول المنقول عنه والاصح عندي الاول لانه ظني واصل البراءة اقوى قال
دام ظله ولو قال له عندي خاتم فاطلق او ثوب مطرز لزمه الخاتم بفصه على اشكال والطراز
اقول ينشأ من ان اسم الخاتم يجمعهما عرفا ومن انه ليس جزءا من المسمى بل هو المتصل اتصال
مماسة لا اتحاد وكذا الطراز قال دام ظله ولو قال له عندي جارية فجاء بها وهي حامل احتمل

صح

صحة استثناء الحمل بخلاف ما لو قال الخاتم وجاء به وفيه فص واستثناه فان الظاهر عدم قبوله
اقول وجه احتمال صحة الاستثناء ان الحمل ليس جزءا من الجارية ويحتمل عدمه لانه تابع للام
لانه نماء وعند الشيخ انه جزء منها ولهذا يدخل في البيع وهو ممنوع والفرق بين الحمل والفص ان الفص
يتناوله اسم الخاتم فاذا رجع عنه كان رجوعا في اقراره والاصح عندي قبول الاستثناء في الصورتين
والفرق بين الخاتم في هذه الصورة والاولى ان الاولى الخاتم فيها مطلق وفي هذه معين قال
دام ظله ولو قال دار مفروشة او دابة مسرجة او عبد عليه عمامة احتمل الامرين اقول ينشأ من
دلالة الظاهر ومن الاصل ولانه يصح تقييده بقوله بفرشها ولكن فيكون اعم منهما ولا دلالة للعام على
الخاص والاقرار انما يحمل على المتيقن ولان يد العبد كيد سيده ولو تنازع رجلان في سرج الدابة
كان لصاحبها فصار كعمامة العبد وذهب الشيخ في المبسوط الى انه لا يكون اقرارا بالسرج وقال
ابن الجنيد يكون اقرارا به والاصح الاول قال دام ظله ولو قال له الف في هذا الكيس ولم
يكن فيه شيء لزمه الالف ولو كان ناقصا احتمل الزامه الاتمام اقول اذا قال له عندي
الف في هذا الكيس لزمه سواء كان فيه شيء او لم يكن فيه شيء لان قوله عندي يقتضي اللزوم وان كان
فيه دون الالف ففيه وجهان احدهما الزامه بالاتمام لانه لو لم يكن فيه شيء لزمه الالف وهذا عندي
اقوى وثانيهما عدمه لحصره فيه لانه لم يقر الا بما في هذا الكيس كما لو قال له ما في هذا الكيس
وهو الف فغلط في الوصف قال دام ظله ولو قال له الالف الذي في الكيس لم يلزمه الاتمام
ولو لم يكن فيه شيء ففي لزوم الالف وجهان اقول الوجهان من حيث ان التعريف والاضافة
الى الكيس تقتضيان انحصار اقراره فيما في الكيس المعين لانه اقر بمعين معهود معدوم فلا يلزمه
شيء والا لزم الحكم عليه بما لا يدل لفظه عليه باحدى الدلالات ومن حيث الاقرار بالالف وهذا ضعيف
والاصح الاول ولو كان فيه انقص من الالف جزم شيخنا بعدم الزام التمام وهو الحق وقيل شاذا
يلزمه وهو يخرج على ان الاشارة تقدمت او اللفظ وهذه المسائل كلها مبنية على قبول البدل
قال دام ظله ولو قال هذه الدار لاحد هذين وهي في يده الزم البيان فان عين قبل وللآخر احلافه
واحلاف الآخر وان اقر غرم للثاني لانه ابطله على الاول وهل له احلاف الاول اشكال اقول ينشأ من
ان نكولها انما لا يوجب رد يمين ولا اثبات دعوى او توجه احدهما والاول يقتضي عدم استحقاقها

للآخر م

احماعا والثاني يستلزم كون احدهما الحق للغير ولانه اكذب دعواه وكل من اكذب دعواه لا يمين
له ومن انه يدفع عن نفسه الغرم وليس انما الحق لغيره مطلقا من كل وجه لانه يدفع بها الغرم عن نفسه
لو نكل ولانه لو اقر له لزمه دفع العين او دفع الغرم فله الاحلاف ولانا لو النكول كالاقرار ولو جعلنا النكول
كالبينة لم يكن له احلافه لانا نقطع انه لا يسمع بينته مع اكذابه لدعوى لزوما انما مطابقة
فلا يسمع قطعا والاصح عندي انه لا يمين له وانه لا فرق بين الدعاوي قال دام ظله ولو قال لزيد والحائط
كذا ففي صحة الاقرار نظر اقول منشأه من ان الاقرار انما لزيد خاصة وهو صحيح من غير صحيح لانهما في لفظه
متساويان وانما الحائط خاصة وهو كذلك يبطل لعدم قبوله الملك او احدهما لا بعينه وهو غير موجود
ولا مالك فكل من يصح الاقرار له مالك ولان او للترديد كانه قال اما لزيد او ليس لزيد بل للحائط فردد
بين ملك زيد وعدمه فلم يفد زيادة على عدم الاقرار ومن ان ذكر ما لا يملك منهما خاصة وقد اقر بما يملك
فيبطل في غير الذي يملك ويصح هو ولان ذكر الحائط وجوده كعدمه قال دام ظله ولو قال لزيد والحائط
فالاقوى صحة النصف خاصة لزيد اقول لاقتضاء الواو التشريك وهو الاقوى لانه اذا
شرك في الاقرار فكانه قال لزيد النصف وليس له الباقي لانه من لوازمه ويحتمل ان يكون ذكر
الحائط لغوا لانه لا يصح ان يكون مالكا وقد اقر بالملك فيصرف الى ما يصح الفصل الثالث
في تعقيب الاقرار بما ينافيه وفيه مطلبان الاول في الاستثناء قال دام ظله والاقرب
عود الاستثناء الى الجملة الاخيرة الا مع القرينة اقول اختلف الاصوليون في الاستثناء
الواحد المتعقب للجمل فقال بعضهم يرجع الى الجميع واختاره الشافعي قياسا على الشرط وعلى قوله
خمسه وخمسه الا ستة ولان الاشتراك او المجاز خلاف الاصل ايضا الاستثناء لدفع محذور الهذر فيما يقع
الضرورة وهو الواحد الى الاقرب ولان الظاهر انه لم ينتقل عن الاولى الا بعد استيفاء غرضه وقال
السيد المرتضى رحمه الله بالاشتراك للاستعمال وهو دليل الحقيقة ولحسن الاستفهام وقال ابو الحسين
ان ظهر الاضراب عن الاولى بان يختلفا نوعا سواء اتحد النوع القضية كالقذف والا كقوله اطعم ربيعة
العلماء هم الفقهاء او اسما وحكما وبحذا النوع مثل اطعم ربيعة واكرم مضر واطعم ربيعة
واكرم ربيعة الا الطوال فالاستثناء يرجع الى الاخيرة وان تعلق احدهما بالاخرى بان اضمر
حكم الاولى في الثانية او اسم الاولى عاد الى الجميع وهذا التفصيل حسن ووجه الاقرب ما ذكرناه

ولانه

ولانه لو رجع الى الجميع فاذا ضمن مع كل جملة استثناء لزم كثرة مخالفة الاصل وان لم يضمن كان العامل
فيما بعد الاستثناء اكثر من واحد لكن لا يجوز تعدد العامل في اعراب واحد نص سيبويه عليه ولئلا يجتمع
المؤثران المستقلان على الاثر الواحد قال دام ظله الاستثناء من الجنس جائز اجماعا ومن غيره
على الاقوى اقول لانه استعمل فيه كثيرا كقوله تعالى فانهم عدو لي الا رب العالمين فسجد
الملائكة كلهم اجمعون الا ابليس وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا الا خطأ الا ان تكون
تجارة وما لهم به من علم الا اتباع الظن لا يسمعون فيها لغوا ولا تأثيما الا قيلا سلاما
سلاما لا صريخ لهم ولا هم ينقذون الا رحمة انا ارسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط
وقال الشاعر وبلدة ليس بها انيس الا اليعافير والا العيس وقال النابغة وما بالربع
من احد الا اواري وقال بعض الاصوليين لا يقبل الا باخراج ما لولاه لدخل ولانه اما من اللفظ
او المعنى وكلاهما باطل اما اللفظ فظاهر واما الثاني فلانه لو صح بالمعنى المشترك لصح استثناء
كل شيء من كل شيء وصار من الجنس قال دام ظله الاستثناء المستوعب باطل ويجوز ابقاء فرد
واحد على الاقوى اقول الخلاف هنا بين الاصوليين في المباحث اربعة (ا) منع قوم من استثناء الاكثر
وجواز استثناء النصف والاقل واختاره ابن درستويه النحوي (ب) منع القاضي ابو بكر والحنابلة من استثناء
الاكثر والمساوي واوجبوا في المستثنى ان يكون اقل (ج) جوز قوم الجميع وهو اختيار اكثر علمائنا واكثر
الاشاعرة واكثر الفقهاء والمتكلمين (د) اوجب ابو الحسين البصري بقاء اكثره يقرب من مدلول
اللفظ والادلة مذكورة في الاصول قال دام ظله ولو قال له الف الا درهما فان سوغنا المنفصل
طولب بتفسير الالف وقيل اذا بقي بعد الاستثناء شيء ولو لم يبق احتمل بطلان التفسير والاستثناء والا
فالجميع دراهم اقول هنا مسائل (ا) اذا قال له الف الا درهما فعلى القول بجواز الاستثناء المنفصل
لم يدل الاستثناء الدرهم على ان الكل دراهم فيبقى الالف مجملا فيطالب بتفسيرها ويقبل تفسيره اذا بقي
بعد الاستثناء شيء والخلاف في كيفية ما بقي كما تقدم (ب) لو فسر بالمستغرق فالتفسير لغو اجماعا
وفي الاستثناء وجهان احدهما الصحة لانه صحيح من حيث اللفظ والخلل انما هو فيما فسر به اللفظ
ولا يلزم من بطلان التفسير بطلانه فيقال له هذا تفسير باطل ففسره بتفسير صحيح والثاني لا يبطل الا
ويلزمه الالف لانه بين ما اراد باللفظ فكانه تلفظ به وهذا هو الاصح عندي (ج) على القول ببطلان المنفصل

وهو الاستثناء من غير الجنس هل يكون الالف دراهم قيل نعم لان الاستثناء قرينة دالة عليه وقيل
لا لانه وان لم يجز شرعا لكنه مستعمل في العرف والثاني اصح عندي والاول اختيار المصنف قال
دام ظله ولو قال له الف درهم الا ثوبا فان منعنا المنقطع وجب الالف والا طولب بذكر قيمة الثوب
فان استوعب بطل التفسير وطولب بغيره او الاستثناء على الاحتمال اقول الثاني قول ابن الجنيد
لان الاستثناء مستوعب فيبطل ووجه الاول انه يصح اخراج البعض وقد اخرجه حيث ضمه الى غيره
فيبطل ما بطل به ويصح ما عداه قال دام ظله ولو قال له درهم ودرهم الا درهما قيل انه حكم بعوده الى
الاخير فيبطل والاصح وليس بمعتمد اقول هذا قول الشيخ وابن ادريس مستدلا بان الواو العاطفة
تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجملة الواحدة فلم يبق فرق بين قوله علي درهمان الا درهما وبين قوله
درهم ودرهم الا درهما احتج المصنف بانه نص على ثبوت كل واحد من الدرهمين فلم يمكن نقضه كما لو
قال جاءني زيد وعمرو وخالد الا زيدا وهو الاصح واما على القول بان الاستثناء يرجع الى الاخير يبطل
الاستثناء قطعا قال دام ظله والاقرب صحة له درهمان ودرهمان الا درهمين لان الاستثناء انما
يرجع الى الاخير لو لم يوجد قرينة الرجوع الى الجميع اقول ويحتمل العدم لان الشارع لم يحمل اللفظ
على مجازه لتصحيح التصرف بل انما يحمل على حقيقته ويحتمل فان لم يصح حكم ببطلانه والفرق بينهما
ان قوله له درهمان متعدد فصح ان يقصد به بعضه كالدراهم بخلاف الدرهم لاتحاده لانه لو اراد
من درهم نصفه لكان الاستثناء من غير الجنس هذا خلف قال دام ظله ولو قال له ثلثة
الا درهما ودرهما ودرهما احتمل قويا بطلان الاخير وضعيفا الجميع اقول الاصح عندي بطلان
الاخير لانه به الاستغراق فيبطل لان كلا من الاول والثاني غير مستغرق فوقع موقعه فصحا
ووجه بطلان الجميع ان كل واحد غير مستغرق والكل هو المستغرق فيكون الكل باطلا
وليس بجيد لانه بالاولين استوفى حقه من الاستثناء فبطل الثالث قال دام ظله ولو قال
له ثلثة الا ثلثة الا درهمين احتمل بطلان الاول المستوعب والثاني المتفرع عليه وبطلان الاول
خاصة فيعود الثاني الى المستثنى منه لبطلان ما بينهما فيلزمه درهم وصحتهما لان ثلثة الا
درهمين في مقام درهم فهو المستثنى من الاقرار اقول الحق هو الاخير وقد قررنا برهانه في الاصول
ولا اعتبار بالاولين المطلب الثاني فيما عدا الاستثناء قال دام ظله

ولو قال له هذا الدرهم بل درهم او درهم بل هذا الدرهم لزمه المعين ويحتمل لزوم الدرهمين اقول
لان ذكر المطلق مع المعين لا يقتضي التكرار لانه يصدق حمل المطلق على المعين بانه هو ولاصالة براءة
الذمة من غير المعين ووجه الثاني ان بل للاستدراك وانكار الاول فقد انكر شيئا اقر به فلم يقبل
واقر باخر والمقر به غير المنكر وقد دل على تعددهما ولان الاقرار بالمطلق يقتضي براءته الا به فتغايرا
وفيه نظر لانه انما يقتضي المطلق ذلك لو لم يات بما يصلح ان يكون تعيينا وهذا صالح لذلك وكما احتمل
ان لا يكون اقرارا بما يدل عليه اللفظ ظاهرا لا يكون اقرارا به قال دام ظله ولو قال له درهم
بل درهم لزمه واحد ويحتمل اثنين لاستدعاء الاضراب المغايرة اقول وجه الاول انه اقر بدرهم
مرتين فلم يلزمه الا واحد والاصح الاخير لان بل للاستدراك والانكار والاعتراف وتواردهما
على محل واحد محال فتعين التغاير والانكار لا يقبل قال دام ظله اذا كان في يده شئ على
ظاهر الملك فقال هذا الشئ لزيد بل لعمرو قضي به للاول وغرم قيمته للثاني وكذا غصبته من زيد بل من
عمرو على اشكال اقول ينشأ من ان الغرم للتعارض وليس لامكان صدقهما بان يكون
ملكا لاحدهما والاخر في يده باجارة او غيرها فيصدق انه غصبه منهما اما من المالك فلانه استولى
على ملكه قهرا ظلما ومنعه منه واما من ذي اليد فلانه لا يشترط في الغصب ملكية ذي اليد فلم يتناول
الضمان للثاني لانه اقر بالاعم منه ولانه لم يقر لواحد منهما بالملكية لا بالمطابقة ولا بالتضمن
ولا بالالتزام ومن ان الغصب موجب للرد والضمان ولان الاقرار كالفعل ولو شاهدناه قد غصبه
من يد انسان حكمنا بضمانه له والاصل في اليد الملكية ويكفي في تضمين الغاصب لصاحبها لانه ماخوذ
باشق الاحوال ولانها تكفي في العلم الذي يستند اليه الشاهد بالملكية لصاحبها وهذا هو الاقوى
عندي لان من قواعدهم ان كل اقرارين متساويين لا دلالة على الاقرار صدرا من شخص واحد اهل للاقرار
حكم عليه لا على غيره بموجب كل منهما لولا الاخر ويقدم الاول فيما يتعارضان فيه ويكون ثبوتيا
له منه على الثاني واعلم ان قوله غصبته من عمرو وحكم الشارع بانه لعمرو لولا اقراره السابق فلا يرد ان كلما
يحتمل ان لا يكون اقرارا هنا الا انما نعتبر احتمالا لعدم كونه اقرارا على تقدير انفراده لكنه لم يوجد
هنا تغليظا على الغاصب قال دام ظله ولو قال غصبته من زيد وملكه لعمرو لزمه الدفع
الى زيد ولا يغرم لعمرو والحق قوله ويحتمل الضمان اقول وجه الاحتمال الاخير الحيلولة والتغريب

بغير المعين بل بما هو اعم كان
واقراره بالمعين يقتضي عدم
براءة ذمته

بقرة ح

باقراره الاول والتحقيق انه ان قلنا بتضمينه في المسألة الاولى وهي قوله غصبته من زيد
بل عمرو فالضمان هنا قطعا وان قلنا بعدمه ثمه احتمل هنا عدم الضمان لما ذكره المصنف والصحيح
عندي الضمان هنا لانه صرح بملكية الثاني وصدر منه ما احال بين المالك وملكه فيضمن لا يقال
شرط الضمان الحيلولة لا التعدي ولا نعلم وجوده هنا لامكان صدقه والحكم مستند الى الشارع
لانا نقول هذا اقرار من ذي يد وقد اقر بانها بيده ضمان فيكفي قال دام ظله وكذا لو قال
هذا لزيد وغصبته من عمرو فانه يلزمه الدفع الى زيد ويغرم لعمرو على اشكال اقول ينشأ من انه
لم يقر لعمرو بالملكية ومن ان الغصب موجب للضمان والرد والاصل في اليد الملكية والاقوى
عندي هنا عدم الضمان لانه قدم ملك زيد ولم يأت بما ينافيه قال دام ظله هل يصح البدل
كالاستثناء الاقرب ذلك اذ لم يرفع مقتضى الاقرار كما لو قال له هذه الدار هبة او صدقة اقول
وجه القرب انه قد جرت به اللغة واستعمل في لسان العرب في القرآن كقوله تعالى يسألونك عن الشهر
قتال فيه وما انسانيه الا الشيطان ان اذكره فان اذكره بدل من الهاء في انسانيه ويحتمل عدمه
لانه باقراره صار ملكا للغير فلا يقبل قوله في رجوعه لانه انكار بعد اعتراف والاصح الاول قال
دام ظله ولو قال له هذه الدار سكناها او ربعها فقبيله الاشكال اقول ينشأ من كونه رفعا لمقتضى الاقرار
ومن صحة بدل البعض لغة كقوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا والاقوى
عندي انه لا يقبل لانه انكار بعد اعتراف قال دام ظله ولو قال له عليك مائة فقال قبضتك منها خمسين
فالاقرب لزوم خمسين خاصة لاحتمال قوله منها مما تدعيه اقول ومن العرف المشهور بين الناس
انه انما يستعمل ذلك مع ثبوت المائة في ذمته والاصح الاول لان مبنى على الاحتياط لا يكفي فيه
الظن لانه انتقال من ظن الى يقين او الى ظن اقوى وفي الاقرارات هو بالمعنى الاول ونقل مال الغير
والحاصل في ذمة الغير مبني على الاحتياط بالمعنى الاول ولصحة قوله عقيب قبضتك منها خمسين
وليس لك غيرها ولا تناقض فيكون اعم من الاقرار بالاخرى ولا دلالة للعام على الخاص ورجوع الضمير
يمكن ان يكون باعتبار مجرد الاسم لا الوصف باتفاقها عليه فلا يستلزم الاقرار بالمائة قال
دام ظله ولو قال له علي الف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال لم اقبضه احتمل القبول ان سمع مع الاتصال والعدم
واللزوم اقول اذا قلنا بعدم القبول مع الاتصال لانه انكار بعد اعتراف فهنا اولى وان قلنا بقبوله

مع الانفصال فقد اختلف الاصحاب هنا فقال الشيخ في المبسوط والخلاف يقبل منه لعدم منافاته
اقراره ولان الاصل براءة الذمة ولان اقراره تعلق بالمبيع لقبول البدل كما تقدم والاصل عدم القبض
واختاره ابن البراج وقال ابن ادريس لا يقبل قوله لانه اقر بالمسقط بعد الاعتراف والاقوى الاول
لان الانسان قد يخبر بما في ذمته على حد ما في ذمته وعدم القبول يسد باب الاقرار وهو مناف لحكمة
الشرع اما لو صدقه المقر له بانه من ثمن مبيع كان القول قول منكر القبض وعلى لا ينافيه لان العقد
يقتضي ملك المشتري للعين والبائع الثمن قال دام ظله ولو قال له علي الف من ثمن عبد ان سلم سلمت احتمل
تسليم الالف معجلا وبعد تسليم العبد اقول قال الشيخ رحمه الله ان وصل الكلام كان القول قول
المقر مع اليمين لامكانه ويحتمل عدمه لانه انكار بعد اعتراف والاقوى القبول كالاولى قال دام ظله
ولو قال له الف مؤجلا او زيوف او ناقصة لم يقبل مع الانفصال ومع الاتصال اشكال اقول للشيخ قولان
احدهما ثبوت التأجيل مع الاتصال وبه قال ابن البراج والثاني لا يثبت ويلزم به في الحال وبه قال
ابن الجنيد وابن ادريس واختاره المصنف في المختلف والتذكرة الاول لان حكم الاقرار الزام المقر
بما اقر به والحق المؤجل غير الحال فاذا اقر بالمؤجل لم يلزمه غيره كما لو اقر بعبد معين او وزن
ناقص او مال معيب ولان الحق قد يثبت في الذمة مؤجلا كما يثبت حالا فاذا اراد المقر الاخبار بما في ذمته
وجب ان يجعل الشارع له سبيلا اليه ولا سبيل لو لم يقبل اقراره احتج الاخرون بانه وصل
اقراره بما يسقط عنه المطالبة به ولانه اقرار بحق لغيره لان التأجيل من صاحب المال عليه
فلا يقبل وهو الاصح لانه اقر باستحقاق الغير وادعى ثبوت حق له وهو التأجيل فيحتاج
في اثبات دعواه الى بينة او اقرار الخصم وحكمه قال دام ظله ولو قال لك علي الف
واحضرها وقال هذه التي اقررت بها وهي وديعة كانت لك عندي فقال المقر له هذه وديعة
والتي اقررت بها غيرها وهي دين عليك احتمل تقديم قول المقر لامكان الضمان بالتعدي ولا يقبل
قوله في سقوط الضمان لو ادعى التلف وتقديم قول المقر له اقول الاول قول الشيخ في الخلاف
والمبسوط وهو الاقوى عندي والثاني قول ابن ادريس ووجه الثاني ان على تقتضي الثبوت في الذمة
ولهذا لو قال علي فلان كان ضامنا والوديعة لا تثبت في الذمة فلا يجوز التفسير بها ولان الاعيان
الموجودة في الخارج لا يثبت في الذمة احتج الشيخ بان على قد يستعمل في ايجاب رد الاعيان

وتسليمها الى المقر له ولان حروف الصلة قد يقوم بعضها مقام بعض كقوله تعالى ولهم علي ذنب
وقوله ولاصلبنكم في جذوع النخل والاجماع على قبول قوله له علي الف درهم وديعة مع الوصل وفي الفصل
خلاف ع ولو كان علي يقتضي ثبوت نفس المقر به في الذمة لم يقبل قوله هذا لاقتضائه دفع الاقرار
لان نفس العين لا يثبت في الذمة بل الواجب الاداء والقيمة مع التلف قال دام ظله ولو قال
اودعتني مائة فلم اقبضها او اقرضني مائة فلم اخذها قبل مع الاتصال على اشكال اقول ينشأ
من ان الايداع والاقراض قد يصدق من دون القبض والقبول حقيقة عرفية فيقبل تفسيره ويقال
اقرضني فلم اقترض واودعني فلم استودع ومن انه انما يحمل على الصحيح شرعا وهو المتضمن للقبض
والقبول فان القرض والوديعة انما يتحققان بالقبض قال دام ظله ولو اقر بالبيع وقبض
الثمن ثم انكر وادعى الاشهاد تبعا للعادة من غير قبض فالاقرب سماع دعواه فيحلف المشتري
وكذا لو اقر بالاقتراض ثم ادعى الاشهاد في الصك قبل القبض حلف المقرض اقول وجه القرب العادة
ولان عدم القبول يفضي الى الحرج وهو الاصح عندي ومن انه انكار مع بعد اعتراف **المقصد الرابع**
في الاقرار بالنسب قال دام ظله وهل حكم المرأة في اقرارها بالولد حكم الرجل نظر
اقول ينشأ من ان النص ورد في الرجل ومن اتحاد طريقهما ولورود رواية بصيغة المذكر وهي
لشمول المؤنث لوارثه وقد اختلف الاصوليون فقال بعضهم يتناول الاناث مع الاطلاق وتغليب
المذكر لو اجتمعا والحق انه لا يتناول هن لان الجمع تكرر الواحد وهو لا يتناول الانثى
قال دام ظله والاقرب اشتراط التصديق في الكبير العاقل اقول هذا اختيار
الشيخ في المبسوط وابن ادريس لان الاقرار بالنسب اقرار في حق المقر والمقر به للتلازم الاضافي
فيكون اقرارا في حق الغير والعقل يقتضي برده لادائه الى اختلال احوال العباد وحكم وقيل
في الصبي الحكم لم يوجد هنا وقال الشيخ في النهاية لا تعتبر لانه ليس اقرارا في حقه والا لكان
اقرارا في حقه في حال الصغر لكن الثاني باطل لانه لا يسمع اقرار غير الولي على الطفل
فسماع اقراره موقوف على ابوته فلو ثبتت دار والجواب الفرق فان في الصغير دعوى بغير منازع
فعلا ولا قوة ولا دعوى نقل ولا معارض له ظاهرا فيقبل بخلاف من له اهلية الانكار
ولتعذر اقامة البينة غالبا والتصديق منه ويتفرع الحاق الصغير بمجرد استلحاقه

ارثه

ارثه منه وعدم قتله لو قبل وان باحد الاستلحاق على الموت او القتل لان امر النسب مبني
على التغليب ولهذا يثبت بمجرد الامكان ولا اعتبار بالتهمة فيه قال دام ظله ولو اقر ببنوة ولد
احدى امتيه وعينه الى قوله ولو لم يعين ومات فالاقرب القرعة اقول وجه القرب رواية ابي
حمزة الثمالي عن ابي عبد الله عليه السلام ولانه امر مشكل وقال الشيخ الطوسي رحمه الله في المبسوط
يقوم الوارث مقامه في التعيين فان امتنع من التعيين او البيان وقال لا اعلم اقرع فيه نظر فان مجموع
الوارث قائم مقامه لو سلم وهذا المعلوم بعضه ولا يقوم البعض مقام الكل واقرار الكل
يستلزم الدور وفيه نظر لان المعتبر من هو وارث ظاهرا قبل ثبوت الاقرار قال دام ظله وهل
يقبل تعيين الوارث اشكال اقول ينشأ مما تقدم ومن انه اقرار في حق الغير ومن ان التعيين
حق للميت فينتقل الى الوارث والتحقيق ان يقول ان اخبار الوارث حق لانسان لا حق الاقرار
قال دام ظله ولو كان المقر العم بعد اقراره بالاخ فان صدقه الاخ فالتركة للولد وان كذبه
فالتركة للاخ ويغرم العم التركة للولد ان نفى وارثا غيره والا فاشكال اقول البحث يتوقف
على مقدمة هي ان الاعتبار في الاقرار باخذ عين التركة بصدوره ممن هو وارث لولا اقراره بهذا
الوارث وفي الارث مطلقا اي بعين التركة او بقيمتها ممن هو وارث لولا اقراره باولى منه
كما ان الحائز للتركة اذا اقر بمشارك فان الاعتبار بكونه حائزا لولا اقراره بمشارك وذلك لا ينافي
خروجه عن الحائزية بهذا الاقرار فكذلك هنا فاذا اقر هذا الوارث ظاهرا بمشارك او اولى
من حيث النسب حكم عليه بارث المقر به ولا دور ولا يثبت نسبه بالنسبة الى الميت الا بحجة كما هو
ان كان كاملها او مع غيره او عبره بشرائطها ويتفرع على ذلك لو اقر العم باخ للميت حكم ما ذكره
في الميراث واذا اقر بعد ذلك بولد للميت وارث فان صدقه الاخ فلا بحث وان كذبه حكم عليه بمقتضى
اقراره لا على الاخ فلا يخلو اما العم دفعه قطعا وان كان الثاني فاما ان يكون قد حكم الحاكم بموجب اقراره
او هي باقية في يده او حكم الباقية كما لو اتلفها العم والبحث هنا فيهما فنقول اما ان يكون
قد نفى وارثا غير الاخ في اقراره او لا فان كان الاول يضمن للولد قطعا وان كان الثاني هل يضمن
للولد لوجوب دفعها الى الاخ باقراره الاول لانه باقراره الاول بالاخ قبل ثبوت نسب الولد تسبب في تفويت
التركة على الولد فيضمن وهذه حجة الشيخ ومن انه غير مناف فجاز صدقه فيهما فلم يصدر منه مناف

عن مراد المصنف كان شهادة فيجمع مع اجتماع الشرائط فلا وانما يتنقل الى الوارث ح

بوادره ح

اما ان يكون مكلفا بتسليم التركة الى الاخ مختارا او لا فان كان الاول ضمن التركة ح

او الاجبار الشيخ في النهاية والصغير فيه اشكال ح

لاقراره بالولد ولانه لم يقر بعدم استحقاق الولد ولا يلزمه والاقوى عندي قول الشيخ
قال دام ظله وهل يثبت الغرم بمجرد الاقرار او التكذيب الظاهر من كلام الاصحاب الثاني
اقول لانه يثبت حكم الاول وحكم ببطلان غيره فيكون اقرارا بملك الغير فلا يقبل كما لو قال
ما بيد زيد لعمرو فلا يغرم الا بتكذيب الاول ومن حيث ان اقراره الآخر مستلزم لتكذيب الاول ولانه
يتلف حق الثاني قال دام ظله وان اقر بخامسة لم يلتفت اليه على اشكال اقول ينشأ من انه
حكم الشارع بالاربع فلم يلتفت اليه في الخامسة ومن انه اقر بها فيحكم عليه بمقتضى اقراره لعموم الخبر
وقد انتفى عليها نصيبها باقراره الاول قال دام ظله ولو اقر الاخ من الاب باخ من الام اعطاه
السدس فان اقر الاخ من الام باخوين منها وصدقه الاول سلم الاخ من الام اليهما ثلثا السدس بالسوية
ويبقى معه الثلث وسلم اليهما الاخ من الاب سدسا آخر ويحتمل ان يسلم الاخ من الام الثلثين ويرجع
كل منهم على الاخ من الاب بثلث السدس فعلى الاول للاول ثلث السدس ولهما الثلث وعلى الثاني السدس
بينهم اثلاثا اقول الاول ان الوارث اذا اقر بآخر دفع الزائد عما في يده عن حقه هكذا نص الاصحاب
ووجه الثاني ان التركة ان ما حصل وما نوى منهم وله فائدتان (أ) صحة تصرف القابض في ثلثي السدس
وعلى الثاني في ثلثه لا غير (ب) لو تلفت التركة قبل قبض السدس الاخر وافلس الاخ من الاب قال دام ظله
ولو اقر احد الولدين بابن وانكر الثاني ثم مات المنكر عن ابن مصدق فالاقرب ثبوت نسب العم ويحتمل العدم
لكن يأخذ من تركة الميت ما فضل عن نصيبه اقول البحث هنا اذا كانا عدلين ووجه القرب انه
قد شهد شاهدان عدلان بالنسب فيثبت اما الاول فلانا نبحث على تقدير عدالتهما واما الثانية فلعموم
النص انه اذا شهد وارثان وكانا عدلين بالنسب ثبت ويحتمل عدمه لان شهادة ابن الابن تتضمن الشهادة
على ابيه وتكذيب الاب صريحا لان اباه انكره اولا والشارع رد شهادة الابن لكونها في مظنة تكذيبه
فمع التصريح اولى وهو من باب التنبيه بالادنى على الاعلى ووجه ضعفه وقوة الاول ان الشهادة بالنسب
بالنسبة الى الاب مقبولة من الابن عليه بعد موته بالنص فصار الاب الميت بالنسبة الى شهادة النسب
من الابن كالاجنبي والاجنبي اذا كذبه قبلت الشهادة عليه لانه ربما كذب الابن فمنع شهادة الابن
تخليص له من استمرار المظلمة خصوصا في النسب فعلت المقصد الرابع في الوصايا وفيه فصول
الاول في اركانها ومطالبه الاربعة الاول قال دام ظله ولو قال وهبته وقصد

الوصية لا الهبة فالاقرب صحة التفسير لانه بمنزلة ملكته اقول ومن حيث انه لم يوضع لهذا
المعنى لغة ولا شرعا ولا عرفا بخلاف ملكت الذي هو كالجنس ولانه يمكن صدقه في صيغة الصحيح وهو التمليك
الناجز والاصح الاول لانه اعرف بقصده ولانه يستعمل له مجازا كان يقول وهبته بعد وفاتي ودلالة
اللفظ على حقيقته ظاهر يحتمل النقيض فقد قرنه بما يمكن قال دام ظله ولو رد بعد الموت قبل القبول
بطل وان كان بعد القبض وبعده لا يبطل وان كان قبل القبض على راي اقول قال الشيخ يجوز الرد
بعد القبول قبل القبض لعدم استقرار ملكه عليه كالوقف قال وقال قوم لا يصح لانه لما قبل ثبت ملكه
لها بالموت او بالشرطين واذا حصل في ملكه لم يؤثر الرد لان الملك لا يزول بالاعراض ولانها
يلزمها القبول والموت وقال ابن حمزة اذا رد الوصية قبل القبض صح الرد لان الهبة اقوى منها لانها
منجزة والوصية معلقة والهبة لا يلزم بالقبض والقبول فكذا الوصية لا تلزم بالموت والقبول
وفيه نظر لاختلاف المسئلتين في الحكم والطرفين والاصح الاول قال دام ظله وفي رد
راس العبد مثلا اشكال ينشأ من بطلان افراده فيبطل الرد والوصية اقول ينشأ من انه
قد يعبر عن الجملة بالراس في العرف الغالب والاصل في تصرفات المسلم والعاقل الصحة لا الهذر
ومن ان الاصل عدم الاشتراك والنقل والمجاز فلا يحمل عليه عند الاطلاق والاصح اغلبيته في الاستعمال
على الحقيقة لكنه ممنوع وللاصوليين فيه قولان فهو موقوف على مقدمتين احدهما انه مجاز غالب
والثانية اولى من الحقيقة المغلوبة وهما ممنوعان والتحقيق ان تفريعه موقوف على مقدمات (أ) لا
يصح افراد الراس بشيء من الاحكام بل احكامه ملزومة لاحكام الجميع ويستحيل وجود
الملزوم بدون اللازم (ب) ان هذا اللزوم ليس شائعا عند كل الناس في كل الاحكام (ج) الوصية
لا يصح الا بقبول واذا اقترن بما رد بطلت اذا تقرر ذلك فنقول منشأ الاشكال ان اللزوم
عرفي فلا يحكم به على المكلف بمجرد حكمه بثبوت الرد في الملزوم لجواز كونه عرفيا عنده ولم يعبر
به في البيع وغيره بل ابطل تصرفه وهذا قد استقربناه كثيرا من الاحكام الشرع فبطل رد الراس لعدم
الحكم برد الباقي كما تقرر من عدم انفراده بالحكم ومن حيث انه قد رد الوصية في جزء فلا يمكن صحتها
فيه لاشتراطها بالقبول وبطلانها بالرد قبله اجماعا والثاني لا يملك بدونه فتبطل الوصية فيه لعدم
قبوله الملك والحاصل انه ابتني احد المتلازمين ونفي الآخر فتعارض النفي والاثبات والاصح بطلان

الوصية قال دام ظله ولا يكفي الكتابة بدون الاشارة او اللفظ وان عمل الورثة ببعضها
على راي اقول هذا اختيار ابن ادريس للاصل ولعدم لزوم الشرع بالشروع وقال الشيخ في النهاية
يتخير الوارث بين العمل بها وبين ردها فان عملوا بشيء منها لزمهم العمل بجميعها وقد روى الصدوق في كتابه
عن ابرهيم بن محمد الهمداني قال كتبت الى ابي الحسن الرضا رجل كتب كتابا بخطه ولم يقل لورثته
هذه وصيتي ولم يقل قد اوصيت الا انه كتب كتابا فيه ما اراد ان يوصي به هل يجب على ورثته القيام
بما في الكتاب بخطه ولم يامرهم بذلك فكتب عليه السلم ان كان له ولد ينفذون شيئا منه وجب
ان ينفذوا الكل لانهم يجدون في كتاب ابيهم في وجه البر او غيره وليس صريحه فيهما فان الشيخ وهي
مكاتبة لا تحقق حالها ولئن سلمنا فهي محمولة على اعترافهم بصحة الوصية بقي هنا بحثان آ اذا اقترن
بالكتابة اشارة مفهمة مع عجزه عن النطق عمل بها باجماع علمائنا ولان الحلبي روى في الصحيح عن
الصادق عليه السلم ان اباه حدثه ان امامة بنت ابي العاص بن الربيع اعتقل لسانها فاتاها
الحسن والحسين عليهما السلم وهي لا تستطيع الكلام فجعلا يقولان اعتقت فلانا واهله فتشير
برأسها نعم ام لا قلت فاجاز ذلك قال نعم ب الاشارة المفهمة مع الكتابة والقدرة على النطق هل
يكفي قال المصنف في التذكرة يحتمل ذلك لانها كناية والوصية بالكناية جائزة والاقوى عندي
عدم الجواز لان الانتفاعات الشرعية لفظية وكلية الكبرى ممنوعة قال دام ظله ولو قرأه
الشاهد مع نفسه فقال الموصي قد عرفت ما فيه فاشهد علي به فالاقرب القبول اقول هذا اختيار ابن
الجنيد لاعترافه بمعرفته ما فيه فيحكم عليه بالخبر ولانه عبر عنه بما لا يحتمل غيره فكان نصا في
الوصية والموصى به فيصح ويحتمل عدمه لانتفاء الدلالات الثلاث اذ الاعتبار بوضع اللغة
قال دام ظله وهل القبول كاشف عن انتقال الملك الى الموصى له بعد الموت او سبب
اشكال ينشأ من انتفاء الملك عن الميت وعدم دخوله في ملك الورثة لقوله تعالى من بعد وصية
فلم يبق الا الموصى له لاستحالة بقاء الملك بغير مالك ومن كون القبول اما جزء من السبب او شرطا كقبول البيع
وانتقال الملك عن الميت ممنوع كما لو قبل وكالمديون وكما لو نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته
والاولاد وصيته مقبولة والاقرب الاول ويمنع سببيته بل هو كاشف عن صحة الوصية و
فسادها والمقتول المديون لا يملكان لكن الدين يتعلق بالدية والدية تعلق بالذهب والصيد

لا يملك

لا يملكه الميت اقول الموصى له اما ان يكون واحدا معينا بالشخص او بالصنف او النوع او كثيرا
كثرة محصورة او غير محصورة وكلما كان واحدا معينا بالشخص وكثيرا كثرة محصورة معينة
اعتبر فيه القبول والا لم يعتبر القبول لامتناعه من الموصى له وولاية الغير على خلاف الاصل والبحث
هنا فيما يعتبر فيه القبول فنقول اختلف الاصحاب في هذه المسئلة على ثلثة اقوال آ قول الشيخ
في بعض كتبه وابن الجنيد ان القبول كاشف عن ملك الموصى له بعد الموت ملكا تاما لازما وهو اختيار
المصنف هنا ب قول المصنف في المختلف وابن ادريس والشيخ في كتاب الفطرة من الخلاف وهو ان القبول
سبب ولا يعني بالسبب هنا السبب التام ونص ابن ادريس على انه جزء السبب فانه قال والذي نقوى في نفسي
انه لا ينتقل بالموت بل بانضمام القبول من الموصى له وحكى في المبسوط القولين ج قال الشيخ في موضع
من الخلاف انه ينتقل بالوفاة وذكره في المبسوط قولا لبعضهم وجعله انتقالا مستقرا فانما يستقر
بالقبول ويزول بالرد وزيفه فيه ورجحه المصنف في تذكرة الفقهاء احتج الاولون بوجوه آ
الاية المذكورة في الاصل اخر الارث عن مجرد الوصية بفعل الموصي ولم يشترط القبول لقوله تعالى
من بعد وصية يوصي بها والاضمار والحذف على خلاف الاصل ولانه جعل الوصية مقدمة على الارث
وسببه الموت ولو كان القبول سببا او شرطا لزم ان يكون ما بالغير قبل ما بالذات وهو محال ب
كما تقدم على الشيء لم يخرج الى الخارج عن محل التاخر التامة وحكم انشاء الموصي متقدم على الارث للاية
والموت علة في الارث ولا يتوقف حكم الايصاء على غيره فالقبول كاشف ج انا نستحقا متعلق
بالموت فاشبه الارث واحتج القائلون بالثاني بان انتقال الملك لا بد له من سبب لا سبب حادث ليس
الا الوصية والوفاة والقبول اجماعا والاولان لا يصلحان مع عدم الثالث لتخلف المعلول عنهما
ولما بطل مع عدم القبول لان ما لا يتوقف وجوده على وجود شيء بوجه ما لا يؤثر عدمه في عدمه كما
بين في علم الكلام اذ عدم المعلول بعدم العلة ولانه لو ملك بالموت لما ارتد بالرد كالميراث ولانه
تمليك بعقد فيتوقف الملك فيه على القبول كالبيع ونحوه ولانه ليس للموصي ولاية على الموصى له فلا
يملك بملكه فيما كما لا يملك ازالة ملكه واحتج المصنف على قوله في التذكرة بانه بعد الوفاة
وقبل القبول ملك يستحيل كونه بلا مالك لانه نسبة بينه وبين المملوك وثبوته للميت فان الموت علة
في زوال الاملاك عنه للورثة والا لتلقى الموصى له الملك عنهم وهو باطل اجماعا ولانه ملك الورثة

منافع الوصية للابن ولغيره وغير الموصى اجماعا فتعين الموصى ويمتنع لزومه واستقراره
قبل القبول ولهذا لما ارتد بالرد فتعين ما اخترناه وفيه نظر لانه على تقدير عدم القبول يختار
كونه للوارث ولا استحالة حينئذ وعدم القبول كاشف عنه في نفس الامر وعلى تقديره فللموصى له
والقبول كاشف والانحصار ضروري وتوقف بعضهم لتعارض الادلة واعترضه المصنف بان البحث عن
نفس الامر والتوقف انما هو بالنسبة الينا ولا يخفى ضعفه وعلى القول بان ملك الموصى له متأخر عن القبول
فالملك قبل القبول للوارث او يبقى للميت فيه وجهان لاستحالة خروجه عنهما وتعارض ههنا بعده
للارث الذي هو سبب ملك الوارث عن الوصية فاستمراره بعد وكلما شرط بعدم ملكه فالملك منافيه
له قطعا فيستحيل تقدم مسببه عليها واجتماعه مع منافي سببه وعدم اهلية الميت للملك لانه
من الاعراض المشروطة بالحيوة وقال بعض الفقهاء عدم اهليته للملك ممنوع ومنقوض بما يملكه فيما
يحتاج اليه من مؤنة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه قال دام ظله ولو اوصى له بزوجته فاولدها
بعد الموت وقبل القبول فالولد حر وامه ام ولد على الاول وعلى الثاني الولد رق للورثة قوله
هذا فرع على القاعدة المذكورة وتقريره اذا زوج امته من حر وشرط رقية الولد على القول بصحة
الشرط ثم اوصى له بها ثم مات الموصى فاولدها الموصى له بعد موت الموصى وقبل القبول ثم قبل بعد
ان حملت فعلى الاول وهو ان القبول كاشف عن ملك الموصى له بالموت ينفسخ النكاح لان النكاح
لا يجتمع مع ملك اليمين لتضاد احكامهما وملك اليمين اقوى فينفسخ النكاح بالموت ويثبت تحليله
بملك اليمين وتكون ام ولد وولدها حر وعلى الثاني وهو كون القبول سببا لملك الموصى له سابق ملكه
عن القبول فعلى القول بانتقالها الى الوارث بالموت وان الولد لا يتبع الام في الوصية وغيرها بل هو
بما منفرد بحكمه يكون الولد قد تجدد في ملكهم فيكون رقا مستقرا لهم وان قلنا بتبعيته
كالشيخ فالولد حر قال دام ظله ولو مات الموصى له قبل القبول والرد فان قبل وارثه
ملك الجارية والولد وعتق عليه ان كان ممن ينعتق عليه على الثاني على القول الاصح قوله هذا فرع
على المسألة السابقة وتقريره ان الزوج المذكور في المسألة السابقة الموصى له بزوجته وعلقت
منه بعد موت الموصى وقبل القبول اذا مات قبل القبول والرد انتقل حق القبول الذي
هو كاشف على قول وملك على آخر الى الوارث فلما قبل وارثه فعلى القول بان القبول كاشف ظهر

بطلان ملك الموصى له بموت الموصى فينعقد الولد حرا وامه ام ولد وان قلنا ان القبول سبب ملك
الوارث الجارية واما الولد فان قلنا انه تابع في الانتقال كان رقا للوارث فان كان ممن ينعتق
عليه انعتق والا استقر ملكهم عليه واشار بقوله على الثاني اي على سببية القبول واشار
بقوله على قول الشيخ الى ما اختاره الشيخ من ان الحمل كالجزء من امه يدخل في بيعها والوصية
بها لانه اذا قلنا انه يملكها بالقبول وقلنا انه ليس كالجزء من امه فيكون منفردا لحكمه لم ينتقل
الى ورثة الموصى له لانه لا يأتي على سبب ملكهم بل هو مال ورثة الموصى على احد الوجهين وعلى حكم
مال الميت على الوجه الآخر فيحسب من التركة وههنا فروع كثيرة تتفرع على سبب ملك الموصى له ليس
هذا موضع ذكرها **المطلب الثاني في الموصي** قال دام ظله لا تنفذ وصية الصبي وان كان
مميزا في المعروف وغيره اقول هذا اختيار ابن ادريس لعدم مناط التصرف في المال ولارتفاع
القلم عنه كالمجنون وكل من يصح تصرفه فالقلم ثابت عليه وجوز الشيخ في النهاية وابن البراج وصيته
وهبته بشروط ثلاثة **ا** بلوغ العشر **ب** وضعه الاشياء مواضعها **ج** كونها في المعروف وجوزهما
المفيد وهبته وجوز ابو الصلاح وصية من بلغ عشرا مطلقا ووصية من نقص عنها في المعروف
ساوى ابن الجنيد بين البالغ الرشيد وبين ابن ثمان سنين وبنت سبع مع وضعهما الاشياء مواضعها
وجوز ابن حمزة وصية المراهق الرشيد مطلقا وعتقه وهبته بالمعروف دون غيرهما
احتج الشيخ بما رواه الصدوق في الصحيح عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن الصادق عليه السلام
اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته والسفه مانع للكبير ففي الصغير اولى والصبي
محجور عليه في الاموال مأخوذ بالعبادات فيجمع بين العامين ويحمل على الوصية بالمعروف جمعا بين
الادلة ولرواية الصدوق الصحيحة عن ابي بصير عن الصادق عليه السلام قال اذا بلغ الغلام عشر سنين
فاوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته الحديث فان كان في المعروف والعام في المطلوب
وان كان في غيره فهو اولى فالمعروف متحقق وغيره مشكوك فيه والاصح الاول لان صحة ... ملزومة
للتكليف وهو منتف في حق الصبي فينتفي ملزومه قال دام ظله ولو جرح نفسه بما فيه
هلاكها ثم اوصى لم يقبل ولو قيل بالقبول مع تيقن رشده بعد الجرح كان وجها ويحمل الرواية على
عدم استقرار الحيوة على اشكال اقول الاولى هو عدم القبول مطلقا قول الشيخ وابي الصلاح

بالشرائط المذكورة دون وقفه
وجوز سلار وصيته بالشرائط الثلاث دون وقفه

النفوذ م

وابن البراج ونقله ابن الجنيد رواية عن الصادق عليه السلام و رجحه المصنف هنا والاقوى عندي
وقال الشيخ ومن احدث في نفسه حدثا للقتل من جراح او شرب سم ثم وصى كانت وصيته مردودة
والثاني قول ابن ادريس احتج الاولون بانه سفيه فلا ينفذ تصرفه في المال ولانه قاتل نفسه فلا يمضي
في ماله تصرفه اولى و بما رواه ابو ولاد عن الصادق عليه السلام وان كان اوصى بوصيته بعد ما احدث
في نفسه من جراحة او قتل لعله يموت لم يجز وصيته احتج ابن ادريس بانه عاقل رشيد فينفذ
وصيته كغيره ولعموم النهي عن تبديل الوصية لقوله تعالى فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين
يبدلونه ولقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين وهي عامة واعلم ان ابن ادريس جعل العلة
في منع الاصحاب الرواية عدم رشده والمصنف علله بعدم استقرار الحيوة فلا يقبل وصيته
سواء كان رشيدا اولا والاشكال في هذا موضعين آ ابطال وصيه غير مستقر الحيوة ويحتمل
ذلك لانه صار في حكم الميت ولهذا لا يحتاج الصيد الى ذكاة اذا اعدم جرحه استقرار حيوته ويحتمل
الجواز لانه حي عاقل بالغ رشيد فيصح ويمنع كونه في حكم الميت ولهذا تحل الدية كملا على من قتله
ولانه يلزم بطلان وصية المريض لو بلغ هذه الحالة ولم يقل به احد ب اذا قلنا بعدم الصحة فهل
تحمل الرواية وقول الاصحاب على ذلك لانه قد يكون رشيدا فلا يصح المنع مطلقا من حيث السفه عدمه
لانه قد يكون مستقر الحيوة فلا يصح منع وصيته مطلقا لعدم الاستقرار لما ذكرنا اولا قال
دام ظله فان اوصى العبد لم يصح فان عتق وملك ففي النفوذ اشكال اقول منشاه من انه ليس له
اهلية التملك حال الوصية فلا يكون له اهلية التصرف فيه عن نفسه ولانه يشترط انه لو مات
في حال صحة الوصية و ليس هنا ولانه لا يصح تعليقها بشرط فلو صحت لشرط عتقه لصح تعليقها
على شرط ومن انه ليس بتصرف في الحال بل انما هو عند الموت في حال كون الشرائط حاصلة لان مناط
الوصية البلوغ والعقل والرشد وحصول الملك عند الموت لانه لو وصى من لا يملك شيئا اصلا حال
الوصية ثم ملك عند الموت صحت الوصية اجماعا والاصح الاول لان موضوع التصرف الملك وكون
الموصي اهلا له وليس هنا لان العبودية تسلبه الاهلية ولقول الباقر عليه السلام قضى امير المؤمنين
عليه السلام في مكاتب قضى نصف ما عليه فاوصى بوصيه فاجاز نصف الوصية وقضى في مكاتب قضى
ثلث ما عليه واوصى بوصية فاجاز ثلث الوصية واذا لم يصح وصية المكاتب فلا يصح وصية

كالوارث لو قتل منع من الارث بنفسه ويمنع من التصرف في المال باتلاف ماله ح

بعدم الجواز وهو المعتمد بروز العلة وحله على الوارث ضامن وبحمل

العبد ولم يشترط امير المؤمنين عليه السلام ان يموت قبل عتقه بل قضى مطلقا وترك الاستفصال
مع قيام الاحتمال يدل على العموم في المقال قال دام ظله وينفذ وصيه الكافر الا بالخمر و
خنزير لمسلم وفي الذمي اشكال اقول منشاه من تملك الذمي له ولهذا يضمنه له المسلم وقد
امرنا بتقريرهم على احكامهم ومن ان الشارع حكم بنفي ملكه وكلما حكم بصحة وصيته حكم
بملكيته والانه تقريرهم بمعنى ترك معارضتهم وهذه المسئلة مبنية على ان الكافر مخاطب بفروع
العبادات والاصح البطلان قال دام ظله ولو قال العبد متى عتقت ثم مت فثلثي لفلان
فالاقرب الجواز اقول وجه القرب انه تصرف وارد على الوفاة الحرية فلا يمنع العبودية الان
منه ومن انه ليس له اهلية الملك فيسلب اهلية التصرفات المتفرعة عليه ولانه علق الوصية
على شرط والاصح عندي البطلان المطلب الثاني الموصى له قال دام ظله ولو ما تجدد
انفصاله حيا صحت وكانت لورثته ويسقط اعتبار القبول هنا على اشكال اقول الوصية
للحمل جائزة لان الوصية اوسع مجالا من الارث لان العبد والمكاتب لا يرثان وقد تصح الوصية
لهما وكذا الكافر على قول واذا ثبت الميراث للحمل فالوصية اولى بالجواز لكن يشترط العلم
وجوده عند الوصية وسقوطه حيا اذا عرفت ذلك فيقول هل يشترط هنا القبول
من الولي قال المصنف فيه اشكال ينشاء من اطلاق الاصحاب بصحة الوصيه وانه اذا مات
بعد الاستهلال كان للوارث ولم يشترطوا القبول وهو يدل على عدم اعتباره ولان الشارع اوجب
القبول على الولي فيما له غبطة فيه وابطل رده ومن ان القبول شرط الوصية ولان الوصيه
يقتضي الملك بملك مع الوفات لا التملك حقيقة لا من ليس له ولانه ليس له تملك غيره بغير اختياره
والاصح اعتبار القبول هنا قال دام ظله ولو رد الولي للمصلحة فالاقرب بطلان الوصية
ان رد بعد الموت وكذا الوارث بعد بلوغه اقول وجه القرب ان الولي يقوم مقام المولى
عليه في التصرفات مع مراعاة المصلحة فيصح الرد مع اشتماله على المصلحة ولا يجوز صرف
ما له في المصالح واذا له ملكه الحقيقي اللازم فازالة الملك لغير المستقر اولى لان يملكه اولى
ومن انه ازالة الحق او ملك بغير عوض اصلا فكان كالتبرع الممنوع منه والاصح الاول قال
دام ظله وهل للثانية المتجددين للوفاة والرد قبل البيع او للموصي له اشكال اقول هذه

المسألة مبني على ان الموصى له هل يملك بالموت والرد فسخ متجدد والقبول سبب في اللزوم
او يكون الملك مراعى والقبول كاشف عن الملك بالموت والرد كاشف عن عدمه وبطلان الوصية
او القبول سبب او شرط في الملك فعلى الاول يكون النماء للموصى له وعلى الثاني لا يكون له بل للورثة وكذا
على الثالث والاصح عندي انه مانع للعين في الرد ولما كانت الاصول التي تبتني هذه المسألة عليها فيها
اشكال وخلاف بين الفقهاء كان في هذه المسألة اشكال ايضا واعلم انه اشار بقوله اولا الى الاقوال
الباقية فانه كلما كانت العين ملكا له قبل القبول فالنماء له وكونه تابعا اي في الرد قال
دام ظله ولا يصح لمملوك الاجنبي ولا لمدبره ولا لام ولده ولا لمكاتبه المشروط على اشكال
اقول منشأه من انفراده بمعاملة مولاه وضمانه له ومن انه مملوك للغير فلا تصح الوصية له لرواية
عبد الرحمن بن الحجاج عن احدهما عليهما السلام قال لا وصية لمملوك ولانه اما له او لسيده
والثاني باطل لان الموصي لم يقصده والاول باطل لان كل موصى له يملك ولا شيء من عبد الغير
يملك لا يقال ينتقض بعبد نفسه لانا نقول الوصية لعبد نفسه وصية له بفك نفسه اي بفك
ملكيته ولا شيء من عبد الغير يتحقق فيه ذلك ولرواية محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلم
في مكاتب كانت تحته امرأة حرة فاوصت له عند موتها بوصية فقال اهل الميراث لا نجيز
وصيتها انه مكاتب لم يعتق ولا يرث فقضى انه يرث بحساب ما اعتق منه ويجوز له من الوصية
بحساب ما اعتق منه والمشروط لم يعتق منه شيء وقضى في مكاتب اوصى له بوصية وقد قضى نصف
ما عليه فاجاز نصف الوصية وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه واوصى له بوصية فاجاز ربع
الوصية واعلم ان الشيخ في الوصية اجاز الوصية لعبد الوارث ومكاتبه قال لان الوصية
للوارث عندنا تصح واقول هذا دليل مركب من مقدمتين احدهما ان الوصية للعبد وصية
لمولاه والثانية ان الوصية للوارث تصح وهو ممنوع الصغرى ومعارض بالاجنبي واختار
ابن البراج مذهب الشيخ في المبسوط قال دام ظله وفي الوصية للحر الحر اشكال
اقول منشأه من انه لا يتصور حصول الملك لبعض الانسان دون باقيه ومن انه يرث
بحساب ما عتق ويملك ايضا به فالمالك هنا الجزء الحر فصحت الوصية له وفيه نظر فان عبارة
الفقهاء تدل على خلافه فانهم قالوا يرث بحسب الحر والتاء للسببية فجعلوا الوارث

الشخص

الشخص وجعلوا السبب له جزأه ولو كان الجزء هو الوارث لقالوا ورث جزؤه والجزء لم
يذكر احد من الفقهاء ذلك والرواية انه يرث بحساب ما عتق فجعل الوارث هو الشخص
والاصح عندي الاول والتحقيق ان الملك من الاعراض النفسانية والمملوكة من الاعراض
الجسمانية السارية المنقسمة بالمحل وحصول الاول للنفس الانسانية كاملا مشروط بالسلب
الثاني عن البدن المفارق لملك النفس اذ الحق تغايرهما عند محققي المتكلمين فمع عدم
هذا الشرط عن كل البدن بعدم الاولى وبالكلية على الاقوى ومع ثبوته في بعضه
يثبت الاولى ناقصة عن ثبوتها للنفس الانسانية بالنسبة الجزء من المقتضى فالية وهو المملوك
نسبتها اليه كنسبة الجزء الثابت له الشرط الى البدن كله فالمالك في الحالين هو النفس
الانسانية لا بعضها فالمتحرى هو المملوك لا المالك قال دام ظله وتصح الوصية بالجزء
الشائع لعبد الموصي ومدبره ومكاتبه وام ولده ثم تعتبر ما وصى به بعد خروجه من الثلث
فان كان بقدر قيمته عتق ولا شيء له كان الموصى به للورثة وان كانت قيمته اقل اعتق
واعطي الفاضل وان كانت اكثر سعى للورثة في الباقي وان بلغت الضعف على رأي اقول هذا
اختيار الشيخ في الخلاف وابن الجنيد وابي الصلاح وابن ادريس وقال المفيد في المقنعة و
الشيخ في النهاية تبطل الوصية اذا بلغت الضعف وتبعهما ابن البراج في كتابي المهذب والكامل
احتج المصنف بان الجزء الشائع يتناول نفسه او بعضه لانه من جملة الثلث الشائع و
الوصية له بنفسه يصح لانه في الحقيقة وصية لعتقه والفاضل يستحقه بالوصية
لانه يصير حرا فيملك الوصية فيصير كانه قال اعتقوا عبدي من ثلثي واعطوه الفاضل
ولما رواه الحسن بن صالح عن ابي عبد الله عليه السلم في رجل اوصى لمملوكه بثلث ماله فقال يقوم
المملوك بقيمة عادلة ثم ينظر ما بلغ ثلث الميت فان كان الثلث اقل من قيمة العبد بقدر ربع
القيمة استسعى العبد في ربع القيمة وان كان الثلث اكثر من قيمة العبد اعتق العبد
ودفع اليه الفاضل قال دام ظله في المعين اشكال اقول اذا اوصى لعبده بقدر قيمة
رقبته او بعضها وبالجملة بامر كلي يندرج تحت ذلك الامر رقبته صح اجماعا وقومت رقبته
وعتق منه بقدره فان فضل فالوصية له وان اعوز عتق منه بالنسبة قيل العلة في صحة

ذلك كونه يتناول الرقبة وقيل لانه وصية لعبده مطلقا ويتفرع على ذلك ما اذا اوصى
له بعين معينة هل يصح ذلك اولا قال المصنف فيه اشكال ينشأ من انه انما جاز المشاع لدخول
رقبته فيه فصار كالموصى بعتقه وهي منتفية هنا وهذا على القول الاول وقول احدهما عليهما
السلم لا وصية لمملوك ولا مقتضى الوصية بملكه لعبده وهو محال لان المحل غير قابل ولانه اوصى
له باعطاء عين فلا يجوز التخطي لانه تغيير للوصية ولان عتقه تبديل للوصية فلا يصح لخلاف
الكل ومن عموم الرواية المتقدمة واصالة الصحة وعموم الاية المقتضي لوجوب العمل بالوصية
والاطلاق قال الاصحاب انه اذا اوصى لعبده نفسه صحت وقوم العبد واعتق وهذا هو الاصح عندي
قال دام ظله ولو اوصى للدابة فان قصد التمليك او اطلق بطل ولو قصد الصرف الى علفها فالا
لاقرب الجواز اقول اذا اوصى بشيء للدابة فاما ان يقصد تمليكها اياه او يقصد صرفه
في علفها او يطلق فان كان يقتضي التملك وان كان الثاني فالاصح الصحة لانه وصية في الحقيقة
للمالك لان علفها عليه فهو المقصود بالوصية يصرفها في مصلحة مناحة للمالك الدابة وكما
كان كذلك فهو وصية ومن حيث ان الوصية لمن اضيفت اليه بلدوا انما اضافها ابدا الى الدابة
فلا يصح الوصية لها والاصح الاول لانه لفظ قصد به غير ظاهره فيكون كناية والوصية بالكناية
صحيحة قال دام ظله والاقرب التوقف على قبول المالك حينئذ اقول وجه القرب
ان قلنا بالصحة انها وصية للمالك كما لو اوصى بعمارة داره ولانه لو لم يكن للمالك لكانت
للدابة اذ لا واسطة والثاني باطل والا لبطلت الوصية ويحتمل على تقدير صحتها فيعتبر
قبوله ويحتمل عدمه لانه وصية في وجه من وجوه القرب لقوله عليه السلم على كل كبد حرى اجر فلا
يشترط القبول كما لو اوصى بالعتق والحج والاصح الاول لان حدوث الاستحقاق في ملكه
من غير رضاه بعيد جدا قال دام ظله ففي الدفع اليه حينئذ اشكال اقول ينشأ
من انها تصرف في مصلحته فيتولى قبضها ولانها له ومن انه امر بصرفه في وجه خاص فيتولاه
الوصي او القاضي لان الصرف في هذا الوجه لا يستلزم توليته والاقرب الاول قال دام ظله
فان دفع ففي جواز الصرف الى غيرها لعلفه اشكال اقول ينشأ من وجوب اتباع غرض الموصي
لانه لولا ذلك لكان تبديلا للوصية وكل تبديل للوصية حرام بالاية ومن انها وصية

[هامش: م الاول فهو باطل لان تمليكها محال وان كان للمالك فباطل لان الاطلاق صح]

له والاقرب الاول قال دام ظله والاقرب صحة الوصية للذمي وان كان اجنبيا والبطلان
للحربي والمرتد اقول قال الشيخ في المبسوط ولا يصح الوصية عندنا للكافر الذي لا رحم له من
الميت وفي الخلاف الوصية لاهل الذمة جائزة بلا خلاف وفي اصحابنا خاصة من قيدها اذا
كان من قرابته ولم يشرط الفقهاء ذلك فاما الحربي فلا يصح الوصية له وجوز في النهاية الوصية
للرحم الكافر مطلقا وذهب ابن الجنيد الى صحة الوصية للكافر وشرط في الصدقة عليه كونه ذا رحم
وقال ابن الجنيد اذا اوصى بفقراء بعض اهله من بني اهل الحرب من اهل الكتاب والمشركين جاز
ذلك ولا يجيز وصيته لحربي ومنع ابن البراج الوصية للكافر مطلقا وجوز ابن ادريس الوصية
للكافر مطلقا وجوز ابو الصلاح الوصية للكافر اذا كانت تبرعا للصلة والتصحيح
ما اختاره المصنف وهو جوازها للذمي مطلقا وبطلانها للحربي والمرتد ولما رواه محمد بن مسلم
عن احدهما عليهما السلم في رجل اوصى بماله في سبيل الله قال اعط لمن اوصى له وان كان يهوديا
او نصرانيا ان الله تعالى يقول فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه
ان الله سميع عليم وايضا لما جازت الهبة للذمي وهي امضى عطية من الوصية كان جواز
الوصية اولى لا يقال ينتقض بالحربي حيث جازت الهبة له دون الوصية لانا نقول
الفرق ان ملك الحربي غير لازم وماله غير معصوم ولا يجب دفع ماله اليه بل يباح الاستيلاء
عليه فلو جازت الوصية للحربي لكان اما ان يجب على الوصي الدفع اليه وهو محال
لما تقدم اولا وهو المطلوب اذ معنى البطلان عدم تسلطه بسبب عليه واثر الوصية
وجوب التسليم احتج بقوله تعالى لا ينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين
ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم انما ينهيكم الله عن
الذين قاتلوكم في الدين فان جاز مبرة الذمي ومنع مبرة الحربي والوصية مبرة احتج
المجيز للكافر مطلقا بقوله عليه السلم على كل كبد حرى اجر والجواب
قد بينا المخصص احتج المانع مطلقا بان الوصية نوع مودة فيدخل تحت النهي والجواب
المنع من الصغرى واعلم ان المصنف دام الله ايامه احتاط بجواز الوقف على المرتد عن غير
فطرة في هذا الكتاب وهنا منع من الوصية للمرتد ولم يقيد بكونه عن فطرة وسالناه

عن ذلك فقال الاصح عندي انه لا يصح الوقف عليه ولا الوصية له اذا استمر على الكفر الى ان مات
او قتل والاصح بمعنى ان يكون احدهما كاشفا اي اسلامه كاشف عن صحة الوقف والوصية وموته
على الكفر كاشف عن بطلانهما فقولي في الوقف بالصحة وهنا بالبطلان لا تنافي فان الاول على تقدير
قال دام ظله ولو اوصى لام ولده فالاقرب انها تعتق من الوصية لا من النصيب على راي
اقول اتفقت الامة على صحة وصية الانسان لام ولده ثم اختلف الامامية في عتقها
هل تعتق من نصيب ولدها وتعطى ما اوصى لها به او تعتق من الوصية فان قصرت الوصية عن
القيمة اعتق الفاضل منها من نصيب الولد اختار المصنف والدي في هذا الكتاب الثاني
وهذا اختيار ابن ادريس لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين فجعل تعالى استحقاق الارث
بعد الوصية والدين فلو اعتقناها من سهم ابنها لقدمنا الارث على الوصية وهو خلاف الاية
وقال الشيخ في النهاية والمصنف في التذكرة تعتق من نصيب ولدها وتعطى ما اوصى
لها به كذا في كتاب العياشي ولانتقال التركة من حين الموت الى الورثة عند المصنف وقال ابن
الجنيد تعتق من وصيتها او نصيب ولدها وتعطى بقية الوصية وقال ابن بابويه تعتق من
الثلث وتعطى الوصية لما رواه ابو عبيدة في الصحيح قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل
كانت له ام ولد وله منها غلام فلما حضرته الوفاة اوصى لها بالفي درهم او باكثر للورثة ان يسترقوها
قال فقال لا بل تعتق من ثلث الميت وتعطى ما اوصى لها به وحملها المصنف في التذكرة على انها تعتق
من نصيب الولد على ان يكون الثلث نصيبا له وهو حسن واجاب عن حجة ابن ادريس بان المراد في الاية
استقرار الملك لما تقدم من عدم صلاحية الميت للملك وعدم انتقالها الى الديان والموصى له قبل
القبول واستحالة بقائها بغير مالك فينتقل الى الورثة والمتاخر الملك المستقر وايضا يمنع التقدم
على الارث هنا بل يقول انها بالوفاة تعتق وتحسب قيمتها على الولد لان العتق مبني على التغليب والسراية
ولهذا لو لم يكن هناك وصية ولا ارث سواها فانها تعتق على الولد وتستسعى لباقي الورثة مع امتناع
تقدم بعض الوارث في الارث لتساويهم وذهب الجمهور الى عدم صحة الوصية لام الولد لكونها حرة
بعد موته بالفصل وتعتق من راس المال والوصية تعتبر من الثلث قال دام ظله ولو اوصى لقرابته
فهو للمعروف بنسبه ذكرا كان او انثى صغيرا او كبيرا غنيا او فقيرا من قرب انتسابه اليه او بعد ام

قال

بعيدا كان او قريبا بالتوبة وقيل لمن يتقرب اليه الى آخر اب وام في الاسلام ومعناه الارتقاء
الى ابعد جد في الاسلام والى فروعه ولا يرتقى الى اباء الشرك اقول هنا مسائل آ يصح
الوصية للاقارب بلفظ مطلق باجماع الكل ب اختلف الفقهاء في محله على اقوال نذكر منها هنا
قولين الاول وهو اختيار الشيخ في الخلاف والمبسوط وابن ادريس وهو الاصح عندي وعند والدي
وجدي والثاني اختيار الشيخ في النهاية والمفيد في المقنعة وانما اعتبر الاسلام لقوله عليه السلام
قطع الاسلام ارحام الجاهلية ويؤكد قوله تعالى لنوح انه ليس من اهلك والقول الثالث لابن الجنيد
وهو ان يكون لمن يتقرب اليه من جهة ولده او والديه قال ولا اختار ان يتجاوز ولد الاب الرابع
لان النبي صلى الله عليه واله وسلم لم يتجاوز ذلك في سهم ذوي القربى من الخمس حجة فرقتنا ان اللفظ
انما يحمل على المفهوم العرفي اذا تجرد عن الحقيقة الشرعية واذا اطلق القريب فهم المعروف بالنسب
عرفا عاما ج يساوي فيه القريب والاقرب والذكر والانثى لان لفظ القرابة مشترك بالاشتراك
المعنوي بين الكل واللفظ حقيقة فيه والا لكان مشتركا بالاشتراك اللفظي وما به التساوي
خارج عنه والا لم يكن واحدا واللفظ عند الاطلاق انما يحمل على حقيقته لا يقال ما لا يستحق بالقرابة
المطلقة د ظهر مما ذكر دخول الوارث فيه لان الوصية له عندنا صحيحة لقوله تعالى كتب عليكم
اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين ودلالته على الوصية
للوالدين نصا وعلى الباقي بعموم لفظ الاقربين ثم اكد الامر بقوله حقا على المتقين وهو يعطي
عدم ابقاء من لا يعتقد حقيقتها ثم عقبه التاكيد بالوعيد بالعقاب على المستقبل بقوله فمن بدله
بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه ثم بين الوعيد بقوله ان الله سميع عليم فان قيل منسوخة
باية الارث قلنا لا يعارضه بل يؤكده لنصها على تقديم الوصية مطلقا قال دام ظله ولو قال
لقرابة النبي عليه السلام فهو لاولاد عبد المطلب اولاد هاشم دون بني عبد شمس وبني نوفل والاقرب
دخول بني المطلب هنا اقول لانهم قرابة النبي عليه السلام في النسب ولقوله عليه السلام نحن وبنو المطلب
لا نفترق في جاهلية ولا اسلام والمراد اتحاد القبيلة والاحكام لانه ليس المراد الافتراق المكاني ولا في غير
الاحكام الشرعية لان كلام النبي عليه السلام مهما امكن حمله على الحكم الشرعي فهو اولى من غيره لانه عليه السلام
بعث لذلك ولانه لم نفترق على السلم لما لنه عرفا عليه لا يقال يلزم مساواتهم في استحقاق الخمس

وانما لم يثبت العموم لانا نقول فهو عام الخمس استحقاقه هاشم له بالنص ولا يلزم من اختصاص
بعض القرابة بحكم النص على عين نفي غيره عن باقي الاحكام ويحتمل العموم لعدم استحقاقهم الخمس لانه
لذي القربى بالآية وكل القرابة يستحقون الخمس بالآية ولانه من بني المطلب يستحق الخمس والصغرى
ممنوعة وقوله لذوي القربى يمنع عمومه والاول اصح لان الوصية تتبع دلالة الالفاظ الصادرة من
الموصي المبينة للوصية وتلك الدلالة اما لغوية او عرفية او شرعية وقد نص النبي عليه السلام هنا على
العرف فيحكم به قال دام ظله ولو اوصى لاقرب الناس اليه او الاقرب فالاقرب نزل على مراتب الارث
لكن يتساوى المستحق فللذكر مثل حظ الانثيين للانثى وللمتقرب بالاب مثل المتقرب بالام وفي
تقديم ابن العم من الابوين على العم من الاب هنا نظر اقول ينشأ من تقديمه في الارث المعلول
الاقربية الموجب للتقدم هنا فهو من باب الاستدلال باحد المعلولين على الآخر ولما رواه الحسن بن عمارة
قال قال ابو عبد الله عليه السلام انما اقرب ابن عم لاب وام او عم لاب قلت حدثنا ابو اسحق السبيعي
عن الحرث الاعور عن امير المؤمنين علي بن ابي طالب عليه السلام انه كان يقول اعيان بني الام اقرب من بني
العلات فاستوى جالسا ثم قال جئت بها من عين صافية ان عبد الله ابا رسول الله اخو ابي طالب
لابيه وامه ومن ان العم اقرب من ابن العم وتقديمه في الارث لا يدل على انه اقرب بل خرج بالنص
وبهذا افتى المصنف في التذكرة وبه افتي قال دام ظله وفي التسوية بين الاخ من الام والاخ
من الابوين في العطايا نظر اقول ينشأ من ان الاخ من الابوين له سببان كل واحد منهما
موجب للاستحقاق وهو التقرب بالاب والتقرب بالام ولو كانا في اثنين لاستحق كل واحد
منهما بسبب نسبه فكذا اذا اجتمعا في الواحد ولان الوصية للاقارب تقسم كقسمة الميراث
لما روى الصدوق عن الحسن بن محبوب عن علي بن رئاب عن زرارة عن ابي جعفر عليه السلام في رجل
اوصى بثلث ماله في اعمامه واخواله فقال لاعمامه الثلثان ولاخواله الثلث وكتب سهل بن زياد الادمي
الى ابي عبد الله عليه السلام رجل له ولد ذكور واناث فاقر بضيعة انها لولده ولم يذكر انها بينهم
على سهام الله وفرائضه الذكر والانثى سواء فوقع عليه السلام ينفذون وصية ابيهم على ما سمى فان لم يكن سمى
شيئا ردوها على كتاب الله عز وجل ان شاء الله والطريق واحد ولم تفرق الامة بين المسئلتين
وصورة النزاع ومن انه علق على مطلق القرابة وهما متساويان فيهما ولانهما في درجة واحدة

وفي

قال دام ظله ولو اوصى لجماعة من اقرب الناس اليه ووجد ثلثة من اقرب الناس اليه فما زاد
في درجة واحدة اعطوا وفي جواز تخصيص ثلثة منهم دون الزائد نظر اقول ينشأ من حصول الجماعة بالثلاثة
فيحصل العمل بالوصية باعطاء الثلاثة لانه يصدق انه اعطى جماعة من اقرب الناس وهذا مقتضى الوصية فلا يجب
ما عداه فلا يجب الزائد فيختار الوصي ثلثة منهم كما لو اوصى للفقراء ومن ان نسبة اللفظ الى الجميع واحدة
فلا يختص بها البعض والا لزم الترجيح بلا مرجح ولان الموصى له اما الجميع او البعض والثاني اما
ان يكون معينا او لا والاول والثاني محال لعدم دلالة اللفظ عليه والثالث محال ايضا لان الوصية لغير
معين باطلة فتعين الاول وهو المطلوب بخلاف الوصية للفقراء لان المقتضي هناك جهة الفقر
والاصح عندي الاول لحصول يقين البراءة بالاستيعاب على حسب ما يمكن قال دام ظله ولو لم
يوجد ثلثة في درجة واحدة اكمل من الثانية او الثالثة فلو كان له ابن واخ وعم تساووا ولو كان
له ابن وثلثة اخوة دخلوا كلهم في الوصية والاقرب اعطاء الابن الثلث اقول وجه القرب
انه لو كان معه اثنان لمنعوا الاخوة واخذوا الثلث واستحقاق الاخوة انما هو لنقص الجمعية من
خاصة ولانا اقمنا من وجد في الدرجة الثانية مقام من عدم من الدرجة الاولى لضرورة الجمع و
لان المستحق للجميع مجموع ثلثة من اقرب الناس اليه فيستحق الثلث واحد من اقرب الناس اليه وهو هنا
ثابت اذ لا يشترط الاجتماع هنا وايضا الثلثة تحجب عن الجميع فلا يحجب عن الثلث ويحتمل التسوية
اذ مقتضى الوصية التسوية من المدفوع اليهم والاصح الاول قال دام ظله ولو اوصى
لاهل فلان فهو لزوجته ويحتمل من يلزمه نفقته اقول وجه الاول قوله تعالى اذ قال لاهله
لامراته ويقال تاهل اي تزوج ووجه الثاني قوله تعالى فنجيناه واهله الا امراته والمراد
من كان في عياله قال دام ظله والعشيرة الاقرب اليه نسبا وقيل الذرية
اقول الاول قول ابن ادريس استدلالا بقول ثعلب وابن الاعرابي والثاني قول ابن زهرة وقطب الدين
الكندري نقلا عن ثعلب وابن الاعرابي والمرجع في ذلك الى اللغة قال دام ظله والقوم
اهل لغته والجيران من يلي داره الى اربعين ذراعا على راي اقول هنا مسئلتان الاولى القوم اهل
لغته مطلقا عند سلار وذهب الشيخان وابن حمزة انهم الذكور من اهل لغته وقال ابو الصلاح
يحمل على المعلوم من قصده فان لم يعلم فيعرف قومه في ذلك الاطلاق وقال ابن ادريس انهم الرجال من قبيلته

ممن يطلق العرف انهم اهله وعترته دون من سواهم لانه الذي يشهد به اللغة قال الشاعر
قومي هم قتلوا اميم اخي فاذا رميت يصيبني سهمي قال وانما قلنا يختص الذكور لقوله تعالى لا يسخر
قوم من قوم ولا نساء من نساء وقول زهير فما ادري وسوف اخال ادري اقوم آل حصن ام نساء
والشيخان اعرف باللغة ومقاصد العرف من الحمران وقد تقدم البحث في هذه المسألة في
الوقف قال دام ظله ولو اوصى لمواليه وله من احد الطرفين صرف اليه ولا انصرف الى
موالي ابيه ولو اجتمعا فالاقرب البطلان اقول لفظ المولى مشترك والقائلون بان المشترك
لا يحمل على كل معانيه عند الاطلاق لا حال الافراد ولا حال الجمع وهو اختيار المصنف وجماعة من
الاصوليين اختلفوا هنا فقال بعضهم ببطلان الوصية وهو الاصح عندي واختاره المصنف هنا
لان تعيين الموصى له شرط واللفظ المشترك لا يحمل على كل معانيه وقال بعضهم يحمل لعموم الآية
الدالة على وجوب العمل بالوصية واما القائل بحمله على مجموع المعنيين فلا اشكال عنده وقد تقدم
البحث في هذه المسألة في الوقف قال دام ظله فلو اوصى المسلم لاهل قريته او للفقراء فهو
للمسلمين من اهل القرية الى قوله ولو كان الاكثر اهل ذمة ففي تخصيص المسلمين نظر اقول
على القول ببطلان الوصية المسلم للذمي فلا اشكال وعلى القول بالصحة ينشأ من عموم
اللفظ ولان بعض الاصوليين منع من اخراج الاكثر ومن تكفرهم واسلام الموصى اما ان
يكون قرينة مخصصة اولا والاول المطلوب والثاني يستلزم عدم التخصيص مع مساواتهم
لكنهم اتفقوا عليه والاولى التخصيص قال دام ظله ولو اوصى الكافر للفقراء صرف
الى فقراء اهل نحلته وكذا لو اوصى لاهل قريته وان كانوا كفارا ولو كان فيها مسلمون ففي دخولهم
نظر اقول ينشأ من عموم اللفظ ودلالة القرينة العداوة الدينية على عدم ارادتهم والاصح
الاول قال دام ظله ولو اوصى لحربي صح وان حرم ولا يبطل وكذا القاتل على اشكال اقول
قال الشيخ يصح لعموم قوله كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين
والاقربين وعموم قوله من بعد وصية يوصى بها او دين ولانه تمليك بايجاب وقبول فصح كالبيع
وقال ابن الجنيد ولا وصية لقاتل عمدا لمنعه اقوى التملكات بالموت وهو الميراث وفصل المصنف
في المختلف فقال بالبطلان ان تقدمت على فعل سبب القتل مقابلة له بنقيض مقصوده كالميراث وبصحتها

بعضها ان تأخرت بشرط ان يعفو عنه فلا يدخل في اللفظ العام كقوله اعطوا اولادي للغزية
المخصصة وهذا هو الاقوى عندي قال دام ظله ولو اوصى لاصناف الزكوة او لمستحقيها
فالاقرب استحقاق كل صنف ثمن الوصية والاكتفاء بواحد من كل صنف اقول هنا مسألتان
الاولى ان حمله على الاصناف هل هو بالتمليك او على جهة بيان المصرف قال المصنف الاقرب الاول وهو
الاصح عندي ووجهه القرينة اوصى اثمانا قابل والوصية تقتضي التمليك وتعدد الموصى له يقتضي التشريك
حقيقة والفرق بينه وبين الزكوة ان الزكوة لبيان المصرف والوصية تمليك وبيان المالك ومن جهل
استحقاقها مانع لاستحقاق الزكوة وكل واحد من مستحقي الزكوة مصرف تام واللفظ الدال عليه بيان المصرف
الثانية هل يكتفى بالواحد من كل صنف قال المصنف الاقرب الاكتفاء لانه لما كان المستحق فيه الماهية الموجودة
المتحققة في كل واحد من لا تحاص فهو لبيان المصرف وهو هنا كذلك لاستحالة ان يكون الموصى
له الكل بالتشريك لانه تكليف بما لا يطاق ويحتمل عدمه لانه اوصى بلفظ الجمع فلا يحمل
على الواحد لانه يلتزم المجاز والاصح الاول قال دام ظله ولو اوصى للفقراء دخل فيهم
المساكين وبالعكس على اشكال اقول ينشأ من انه هل ان المسكين هو اسوأ حالا من الفقير
ام لا فان قلنا انه اسوأ حالا دخل في الوصية للفقير بخلاف العكس وان قلنا ان الفقير اسوأ حالا
فالحكم بالعكس وان جعلناهما مترادفين دخل كل منهما في وصية الآخر والاولى عدم الدخول
لانه مشكوك فيه فيقتصر على المعنى المطابقي قال دام ظله ولو مات الموصى له قبل الموت بطلت
وقيل ان لم يرجع فهي لورثة الموصى له فان لم يكن له وارث فلورثة الموصى اقول الاول قول المفيد
ابن بابويه في كتابه وهو قول مشهور بين الاصحاب والثاني قول ابن الجنيد واستحسنه المصنف في المختلف
وهو الاصح عندي لنا ما رواه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال قضى امير المؤمنين عليه السلم
في رجل اوصى لآخر والموصى له غائب فتوفي الذي اوصى له قبل الموصى قال الوصية لوارث الذي اوصى له الا
ان يرجع في وصيته قبل موته الحديث ولعموم الآية الدالة على ان الوارث من الحقوق والاعيان
وحق القبول مستحق للميت فينتقل الى الوارث احتج القائلون بالبطلان بما رواه ابو بصير
ومحمد بن مسلم جميعا في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال سئل عن رجل اوصى لرجل فمات الموصى
له قبل الموصى قال ليس بشيء والجواب انها لا تدل على المطلوب لاحتمال ان يكون المراد ليس بشيء ينقص

الوصية بل هي على حالها في الثبوت ومع قيام الاحتمال يبطل الاستدلال وهذا الجواب
ذكره الشيخ رحمه الله قال دام ظله ولو اوصى في سبيل الله فالاقرب صرفه الى ما فيه قربة
وقيل يختص بالغزاة اقول اجمع علماء الاسلام على صحة الوصية بصرف شيء في سبيل الله وعلى ان المجا
هدين يدخلون فيها وانما اختلفوا في موضعين أ هل يشاركهم غيرهم فيها او لا فقيل بالاول ويكون
الوصية حينئذ بصرفه في وجوه القرب وهو قول ابن ادريس وظاهر كلام الشيخ في الخلاف
لان السبيل الطريق وكل ما فيه قربة فهو طريق وقيل بالثاني وهو قول الشيخ في بعض كتبه وابن
حمزة لان عرف الشرع يقتضي صرف السبيل الى الغزاة ب على القولين هل كلهم مصرف او بعضهم
قولان الاول نعم وهو قول الشيخ فانه قال في النهاية والمفيد في المقنعة وابن البراج في الكامل
يخرج في معونة المجاهدين ومع التعذر في معونة الفقراء والمساكين وابناء السبيل ويعدم فقراء
آل محمد ومساكينهم وابناء سبيلهم والثاني قول الشيخ في الخلاف فانه قال اذا وقف وقفا و
شرط ان يصرف منفعته في سبيل الله جعل بعضه للغزاة المطوعة دون العسكر المقاتل على
باب السلطان وبعضه في الحج والعمرة وذهب في المبسوط الى صرفه الى المجاهدين اذا تطوعوا ورجعوا الى
حرفهم بعد ذلك قال دام ظله ولو اوصى لعبده برقبته احتمل ضعيفا البطلان والصرف الى التدبير
اقول وجه الاول ان التمليك نسبته ولا يصح الاعتبار المدبر ووجه الثاني استعمال اهل
العرف وتضمنها ازالة ملكه وسلب غيره عنه بعد موته قال دام ظله ولو اوصى لمكاتبه فالاقرب
انه كالعبد وحينئذ فالاقرب اعتبار اقل الامرين من القيمة ومال الكتابة فان ساواه الموصى
به عتق وهو الاصح اقول وجه قرب كونه كالعبد انه قبل ان يعتق منه شيء عبد فيدخل تحت العموم
ويحتمل ان يعطى ما اوصى به لانا انما صرفنا في العبد الى رقبته لعدم الملك وهو هنا منتف فالمقتضي
موجود وهو الوصية والمانع منتف ثم على الاول وجه قرب اعتبار اقل الامرين انه اذا اوصى
للعبد بمال صرف الى رقبته على ما يقرر فان كان قيمته اقل كان بمنزلة من قد اعتقه بما لتقويم الوصية
فمعتبر القيمة فان كان مال الكتابة اقل فلانه رضي بذلك القدر عوضا عن العبد ولزوم ذكر للزوم
الكتابة قال دام ظله ولو اوصى لحمل امرأة من زوجها فنفاه باللعان بطلت على اشكال
اقول منشأه اسقاطه باللعان ثبوت النسب قبله لكن قطعه باللعان واللعان انما يؤثر في حق

سقطوا

لا بالكتابة لان التدبير ان عتقه صح

الزوجين

الزوجين الا ترى انها تعتد به ولو قذفها به قاذف حد لها ولو عاد فاعترف به ورث اباه والثاني
قول الشيخ في المبسوط والاصح الاول قال دام ظله وكذا لو اوصى لولد فلان واشار الى معين
وكذب في النسبة والاقرب البطلان مع تعلق غرضه بها اقول وجه الاشكال انه ذكر التعيين والنسبة
فيحتمل في نفس الامر ان يكون التعيين مقصودا والنسبة للتعريف وبالعكس ووجه القرب انه ان علق
غرضه بالنسبة فالوصية له في الحقيقة لمن صدقت عليه مع كونه هذا المعين ففي الحقيقة لمن اتصف
بشيئين النسبة وهذا التخصيص لكن يستحيل اجتماعهما ويحتمل الصحة لحصول شرائط التمليك
وقبول التملك والغلط منه في العلة الغائية اذ الملك شرطه تشخص المالك حاضرا والنسبة انما يراد
للتعريف لا فادة الكلي لا يكون مالكا وهو الاصح قال دام ظله ولو اوصى لحي وميت او للملك والحائط
مع علمه احتمل تخصيص الحي بالجميع وبالنصف اقول وجه الاول انه قصد اخراجه عن ملكه واضافه
الى اثنين والميت وهو يعلم عدم صحة اضافته الى الميت فيكون قد قصد اعطاءه لزيد وايضا العطف
يقتضي التسوية في الحكم وهو تمليك كل العين هنا والتشريك من المزاحمة ولم يحصل ولانه نفى الملك عما سواهما
واحدهما لا يملك فيبقى للاخر ووجه الثاني التشريك لان الواو يقتضي التشريك فقد اوصى لكل منهما
بالنصف والاحدهما يصح والاخر يبطل الوصية له واذا بطلت الوصية للموصى له يرجع الى ورثة الموصي
واستدل بعضهم بانه لا فرق بين قولنا العين لزيد وعمرو وبين قولنا هذه العين بين زيد وعمرو
عرفا والثاني يقتضي التشريك فكذا الاول وفيه نظر بمنع عدم الفرق لان دلالة الواو على التشريك
من باب الظاهر ودلالة بين عليه نص قال دام ظله ولو اوصى بشيء لزيد والمساكين احتمل
ان يكون لزيد النصف والربع ولواحد منهم اما المساكين فلا يعطى اقل من ثلاثة اقول وجه الاول
انه اوصى لفريقين فكان كما لو اوصى لقيس وتميم ووجه الثاني ان اقل من يقع عليه اسم الفقراء ثلاثة فكانه
اوصى لاربعة زيد احدهم فيكون له الربع اما الاولى فقد ثبت في الاصول واما الثاني فلم يحملها على
اقل الجمع فلعدم امكان استيعابهم جمعا ليس للعموم ولا لما يقرب منه بمنزلة الجمع المنكر فيحمل على
الاقل لدخوله على كل تقدير والزائد ليس بعض الا بأولى من البعض فتخصيص بعضها ترجيح بلا مرجح
وهو محال ووجه الثالث التسوية بين كل واحد وبينه فيجب استيعاب من يمكن لانه اقرب من غيره الى
حقيقته فيحمل اللفظ عليه ويكون هذا كاحدهم وهذا هو الاصح عندي قال دام ظله ولو اوصى

لكل وارث بقدر نصيبه فهو لغو وان خصص كل واحد بعين فالاقرب الافتقار الى الاجازة لظهور الغرض في اعيان الاموال وكذا لو اوصى ان تباع عين ماله من انسان بثمن المثل اقول هنا مسئلتان آ اذا اوصى لكل وارث بعين هي قدر نصيبه كما لو اوصى لابنه بعبد قيمته مائتان واوصى لابنه بعبد قيمته مائة فالاقرب عند المصنف الافتقار الى الاجازة لتعلق الاغراض بخصوصيات الاعيان والمنافع الحاصلة منها فكما لا يجوز ابطال حق الوارث من قدر حصته لا يجوز من عينه ويحتمل عدم الافتقار الى الاجازة لان الاصل القيمة اذ اعيان الاموال لا اثر لها في زيادة المالية ونقصها مع تساوي القيمة ولان اعتبار الاعيان هنا مع عدم اعتبارها في بيع المريض تركته بثمن المثل على تقدير النفوذ من الثلث (؟) والوصية في المرض مما لا يجتمعان وثانيا اجماعا فيلزم الاول وهذا قوي والاول اقوى ب لو اوصى ببيع عين ماله بثمن المثل من شخص فالحكم كما تقدم من اعتبار الاجازة وعدمها قال دام ظله وفي اشتراط التعيين اشكال اقول ينشأ من ان الملك امر معين وهو نسبة فلا بد له من منتسب اليه معين ولاقتضاء الوصية تعلق حق الموصى له فلا بد وان يكون معينا ومن صحة لفقراء او فقيرين قال دام ظله فان قلنا به او اوصى لاحد هذين احتمل الخيرة للوارث والقرعة وفي التشريك بعد اقول هذا فرع على القول بعدم اشتراط تعيين الموصى له وانه تصح الوصية للمبهم كقوله لاحد هذين وتقريره ان نقول على هذا التقدير اذا اوصى بشيء لاحد شخصين ذكر المصنف وجوها ثلثة آ تخيير الوارث ووجهه ان التعيين حق الميت فيملكه الوارث لعموم انه للوارث ب انه يقرع بينهما لانه امر مشكل لاستحقاق احدهما ولم يعلم ونسبة اللفظ اليهما واحدة ولانه انما يرث الوارث بعد الوصية فلو كان له التعيين لتقدم عليها وفيه نظر فان المتقدم على الارث اصل الوصية والمتأخر هو تعيين الموصى له ولا دور ج انه يوقف حتى يصطلحا والاول لان ذكرهما في هذا الكتاب وذكر بعض الفقهاء احتمالا رابعا وهو التوزيع لان كلا منهما يدعيه ولا مرجح فيجمع بين الدعوتين كسائر الدعاوي المتعارضة وهذا الاحتمال في غاية الضعف لانه تبديل للوصية وتبديل الوصية غير جائز لما اوصى لفلان احدهما تصريح بالتخصيص لانه موضوع له فلا يحتمل التشريك واما الثانية فلقوله تعالى فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه والاصح الاول لان القرعة انما هي لان الوصية هي سبب تملك

في الحال والتعيين مبين له وهي صالحة للسببية عند التعيين فعل الثانية بحق الوارث قطعا وعلى الاول يكون القرعة والقرعة قوية قال دام ظله ولو اوصى لمن يتعذر حمل اللفظ عليه حقيقة فالاقرب صرفه الى المجاز لصحة قوله فان الثاني متواطئ اقول وجه القرب ان كلام العاقل لا يحمل على اللغو والحقيقة متعذرة فيحمل على المجاز والا لزم اللغو ولان هذا اللفظ ليس مهملا فله معنى يفهم عند الاطلاق وهو الحقيقي ومع تعذره فعلى المجاز وهذه قاعدة مطردة عند اهل اللغة ويحتمل عدمه لان اللفظ عند الاطلاق انما يحمل على الحقيقة لا على المجاز وان بطل المصرف وهو الاصح عندي لان الاصل صيانة مال الغير الى ناقل قطعي اقوى من اصل صيانة التصرف عن البطلان ولان المجاز على خلاف الاصل فلا يرجح على ما بني على الاحتياط التام وهو التصرف في مال الغير والحكم بنقله عنه قال دام ظله ولو اوصى للحمل فوضعت حيا وميتا صرف الجميع الى الحي مع احتمال النصف وكذا لو اوصى لاحد هذين وجوزنا الوصية المبهمة ومات احدهما قبل البيان اقول وجه الاول ان الميت كالمعدوم الا ترى ان الواحد اذا انفصل ميتا تبطل الوصية له ولا يصرف الى ورثته شيء وصار كالميراث الموقوف للحمل ووجه الثاني الاخذ بالاسوا في حقه والاول اصح ووجه الاشكال في احد هذين انه اذا مات احدهما لم يبق صالحا للوصية له فتعين الاخر ومن حيث تردد الحي بين ان يكون له الجميع وان لا يكون له شيء اصلا فحكم له بالنصف واعلم ان هذه المسئلة تبنى على ان البيان في احد هذين هل هو كاشف عن كون المعين موصى له او سببا في حصول هذا الوصف له فعلى الاول يقوم وارثه مقامه ويكون كانه لم يمت وعلى الثاني يأتي هذان الاحتمالان فعلى هذا ان قلنا بالنصف للحي تبطل النصف الاخر وهو الاصح عندي

المطلب الرابع في الموصى به

قال دام ظله ولو اوصى بما ينتفع به في ثاني الحال كالخمرة المحترمة التي يرجى انقلابها والجرو القابل للتعليم الصيد فالاقرب الجواز اقول وجه القرب ثبوت حق عليها وهو الامساك للتحليل وثبوت الحرمة لها فتجوز الوصية بها ولانه في الحقيقة وصية بمنفعة فيصح ويحتمل عدم الجواز لان الوصية تمليك وهي غير صالحة للتمليك والاصح عندي ان كل ما يصح الانتفاع به من النجاسات كالجرو القابل للتعليم والزيت النجس لاشعاله تحت السماء يصح الوصية به وكذا الخمرة المحترمة كالتي اتخذت للتخليل لثبوت الاختصاص بها واسقاطها منه الى يد الوارث

قال دام ظله وكذا لو اوصى بالزبل اقول البحث فيما لا يملك بل عليه اليد وله منفعة
مباحة كالزبل فانه ينتفع به للزرع هل يصح الوصية به او القسط والنصيب اقول هذا ليس عطف
على اشكال بل على الصحة فان الموصى به يقبل الجهالة فلا يقدح فيه الابهام وهذا الاخلاف فيه كلاف
ما لو اوصى لاحد هذين فان فيه خلافا قال دام ظله ولو اوصى له بكلب ولا كلب له لم يصح لتعذر
شرائه ان منعنا بيعه مطلقا والا اشترى له ما يصح بيعه وعلى الاول لو كان له كلاب ولا مال
له فوجه اعتباره من الثلث تقدير القيمة لها ويحتمل التقدير بتقويم المنفعة واعتبار
العدد ويتعدد الاولان لو اوصى بالكلب وطبل اللهو وزق الخمر باخذها ولا مال له سواها
ولو كان له سواه نفذت الوصية وان قل لانه خير من ضعف الكلب الذي لا قيمة له اقول
وجه الاول ان الطريق الى تقويم ما لا قيمة له مع وجود منفعة معتبرة شرعا كتقدير
الرقبة في الحر عند الحاجة كارش الجرح الذي لا مقدر له ووجه الثاني ان المقصود من العين
الانتفاع بها او باعتبار المنفعة تقدر القيمة وتكون العين لا قيمة لها فالاعتبار حينئذ
بالمنفعة ولانه لولاها لم يصح الوصية بالعين فان الموصى في الحقيقة هو والعين تابعة فيكون
المنفعة هي المقومة ولان القيمة في الحقيقة للمنافع لا الذوات ووجه الثالث انه يعتبر
العدد في غير المتفاضل ولا تفاضل هنا اذ التفاضل انما يكون باعتبار القيمة ولا قيمة للكلا
والاصح الثاني ويتفرع على ذلك مسألتان آ لو كان له كلب ينتفع به وطبل لهو لا قيمة
لرضاضه ولا منفعة متقومة له وزق خمر محترمة فاوصى بواحد منها وقلنا باعتبار
الثلث لم يجر الوجهان الاولان اعني تقدير القيمة للعين او للمنفعة لانه لا قيمة للخمر
ولا منفعة وكذا طبل اللهو فيتعين اعتبار مجرد العدد المركب من الوحدات واعترض
بانه لا مناسبة بين رؤوسها والعدد المعتبر انما هو فيما يتجانس ويتساوى كالكلاب فاعتبر
بعضهم بناء على تقدير القيمة والحصر ممنوع ولم يجزم المصنف هنا بشيء والاقوى عندي
ان الموصى به ان كان هو الكلب صح في ثلثه لانه متقوم على المشهور عند علمائنا وعلى القول
الاخر يحتمل الصحة فيه لانه غير متقوم فليس بمال في الحقيقة والمعتبر في الثلث انما هو
المال لقوله عليه السلام المريض محجور عليه الا في ثلث ماله والمراد الحجر في المال اتفاقا ولان الاصل

ام لا والحق صحة المسألة المعدومة قوله دام ظله والمجهول كاحد العبدين ج

٢١٤

في الاستثناء الاتصال لانه الحقيقة ويحتمل اعتبار الثلث لان له منفعة مباحة متقومة
وتعتور عليه الايدي المستحقة وله دية شرعية فيكون حكمه حكم المال في تحريم منع الورثة
من ثلثيه ولهذا يستعار له اسم المال والدية فتى به مما ذكرته ب لو كان له مال وكلاب
ينتفع بها فاوصى بكل الكلاب او بعضها ذكر المصنف هنا نفوذ الوصية فيها وان كثرت
وقل المال لان المعتبر ان يبقى للورثة ضعف الموصى به والمال وان قل خير من ضعف الكلاب اذ لا قيمة
لها وهذا عندي ضعيف والاصح تقدير القيمة لها وضمها الى المال لاعتبار الثلث على ما هو المشهور
عند علمائنا وهذا الفرع انما هو على تقدير اعتبار الثلث فيها وهنا فروع كثيرة اعرضنا
عنها للاختصار قال دام ظله وينفذ للاجازة ان وقعت بعد الموت اجماعا وفي نفوذها
قبله قولان اقول ذهب الشيخ وابن الجنيد وابن حمزة والمصنف في المختلف الى نفوذها
ورواه الصدوق في كتاب من لا يحضره الفقيه في الصحيح وذهب المفيد وسلار وابن ادريس
الى عدم نفوذها احتج الاولون بعموم قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين ولان
المنع لحق الورثة فاذا رضوا بها سقط حقهم وما رواه منصور بن حازم في الصحيح عن الصادق
عليه السلام في رجل اوصى بوصية وورثته شهود فاجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا
الوصية هل لهم ان يردوا ما اقروا به قال ليس لهم ذلك الوصية جائزة عليهم اذا اقروا
بها في حياته احتج ابن ادريس بانها اجازت فيما لا يستحقونه بعد فلا يلزمهم ذلك وهو
الاصح قال دام ظله ولو اوصى بثلثه لزيد وبثلثه لعمرو كان رجوعا على اشكال
اقول قال الشيخ في الخلاف وابن ادريس يكون رجوعا وقيل لا يكون رجوعا وهو اختيار المصنف
وحكى الشيخ القولين في المبسوط احتج الاولون بوجهين آ نقل الشيخ الاجماع في الخلاف
وهو حجة ب انه لا يستحق التصرف في اكثر من الثلث وتصرف الانسان انما ينصرف الى ما له
التصرف فيه فيرجع اليه فيكون الثانية ناسخة للاولى احتج الاخرون بانه لا دلالة لا ت
الثلث وهو الاصح لانه ليس بنقض ولا ضد فلا يبطله قال دام ظله ولو اجازوا الوصية
النصف ثم ادعوا الظن لقلته صدقوا مع اليمين ولو كانت الوصية بعين فادعوا الظن انه الثلث
او ما زاد يسيرا وان كثيرا وانه لا دين لم تقبل منهم ويحتمل القبول اقول وجه الاول

انهم اجازوا الوصية بالمعين ثم ادعوا ما يبطلها والاصل عدمه فلا يقبل منهم ووجه الثاني
انهم اعرف بقصدهم والاغلب خفاء ما لا يعتبروا الفرق بين النصف مطلقا والمعين ان النصف
مبهم يقع فيه الاشتباه وكلما يقع فيه الاشتباه فالاصل عدم العلم به فيقبل قول الوارث
مع اليمين لانه يوافق الاصل بخلاف المعين ولانه اجاز الوصية بهذا العين والاصل الصحة فلا
يقبل ما ينافيه والا لم يستقر اجازته قال دام ظله ولو اوصى بعين يخرج من الثلث
ملكه الموصى له بالقبول بعد الموت بغير اختيار الورثة فان كان هو الحاضر فله التصرف في الثلث
ويقف الباقي حتى يحضر الغائب لانه معرض للتلف ويحتمل منعه من التصرف وان كان مستحقا
بكل حال لان للوارث التسلط على ضعف تسلطه وهو غير ممكن هنا اقول وجه الاول انه
مستحق بكل حال لانه اما ان يحضر الغائب اولا فان كان الاول كانت العين كلها له والا فله الثلث
بكل حال والحق الثاني لان الوارث انما يحسب عليه ما يصل اليه ويتمكن من التصرف فيه ولا
تمنع منه من جهة الوصية وهذا ممنوع منه من جهة الوصية قال دام ظله تنبيه لو اشتملت
الوصية او المنجزة في مرض الموت على كل تقدير على التصرف في اكثر من الثلث احتمل البطلان لانها وصية
بغير المعروف ويكون النقص كالاتلاف ونقص السوق كما لو كانت قيمة العين بالاثنين ولا شيء سواها
ورجعت بالتشقيص الى عشرة او باعها او اعتقه فرجع بالشركة في اقل من العشرة اقول
هذه مسئلة شريفة من خصائص المصنف دام ظله وتقريره ان حكمه حكم الوصية وهو لا يصح
على كل تقدير في جزء ما نقص لما لا كثر من الثلث كالمال المذكور احتمل بطلان التصرف
لان لازمه ممنوع منه شرعا وكلما كان اللازم ممنوعا منه كان الملزوم كذلك اما الملازمة
فللفرض واما المنع من اللازم فللخبر والاجماع ويحتمل الصحة لان اتلاف المريض لا يحسب من الثلث
الذي اطلق الشارع له التصرف فيه كما لو قتل عبدا من عبدين واعتق عبدا فانه يعتق ثلث الباقي
ولا يحسب التالف وهذا النقص بغير اختيار الموصي يجري مجرى التلف وهذا المريض له مال
فيدخل تحت العموم قال دام ظله وكذا الاشكال لو اوصى له باحد مصراعي باب واحد زوجي
خف قيمتهما معا ستة ولكل واحد اثنان ومع البطلان لا عبرة باجازة بعض الورثة اما نقص
القيمة لتشقيص الورثة فكالاتلاف في الارث وفي الوصية فيصح حينئذ ويؤثر الاجازة اقول

هنا

٢١٥

هنا مسائل أ لو اوصى باحد مصراعي باب واحد زوجي خف وينقص قيمة الثاني بالتفريق
بحيث يزيد على الثلث فالاشكال كما تقدم ب اذا قلنا ببطلان الوصية لم يؤثر الاجازة وصحتها
لان الاجازة انما يؤثر في وصية صحيحة ويتوقف لزومها على الاجازة وهذه الوصية باطلة من
الاصل وعندي فيه نظر لانا نمنع بطلانها من الاصل لانها ليست اقل من توقف العقود لكيفية
ج لو حصل النقص بسبب تعدد الورثة بسبب وقوع الشركة كما ذكر فان النقص هنا كالمتلف قطعا
لانه ليس من فعل الموصي فكان كنقص السوق بعد قبضه الان وتصح الوصية من الثلث بالنسبة
الى القيمة الناقصة قال دام ظله ولو اوصى بعود من عيدانه وله عود لهو وعود بناء
وعود قوس بطلت لانه في عود اللهو اظهر على اشكال اقول ينشأ من ان لفظة العود
له حقيقة لغوية ثم استعمل في عود اللهو عرفا فهل هو منقول بحيث ترك موضعه الاول
وبقي فيه مجازا عرفيا او لم يترك بل بقي في هذا مجازا راجحا والمجاز اولى من النقل لما تقرر
في الاصول ثم مع التعارض بين المجاز الراجح والحقيقة المرجوحة هل يتوقف فيه ام يحمل على المجاز
الراجح ام على الحقيقة المرجوحة فيه اقوال ثلثه للاصوليين ورجح المصنف التوقف ولانه
اذا لم يفصل بين المسئلتين ولم ينقل حكم احديهما ونقل حكم الاخرى لم يحل الفصل بينهما وقد
خصص الطبل المطلق في الوصية من المحلل المجرد التحليل والتحريم والاسلام بهما وهو هنا ما به
فيثبت الحكم قال دام ظله والضابط ان كل لفظ يقع على اشياء وقوعا متساويا اما
لكونه مشتركا او لكونه متواطيا فان للورثة الخيار في تعيين ما شاؤوا ويحتمل في المشترك
القرعة اقول الوصية بالمتواطي وصية بالماهية الصادقة على كل منهما فالمقصود هي
والخصوصية تابعة لضرورة تشخص كل موجود ولذلك يتخير الورثة والموصى به في المشترك
واحد من الاثنين ولا ترجيح وحق الوصية مقدم على حق الوارث فلا يقبل قوله في التعيين
لتفاوت الغرض هنا والمقصود من كل واحد بخلافه ثم فيتعين القرعة ولانه امر مشكل ويحتمل
التخيير لان القرعة لبيان ما هو معين في نفس الامر وليس ههنا قال دام ظله ولو قال اعطوه
قوسا من قسيي وله قوس ندف وقوس بندق واعطي قوس النبل لانه اسبق الى الفهم ولو لم يكن
الا قوس ندف اعطي منها اما لو قال قوسا فالاقرب انه يشترى له اقول وجه القرب انه يحمل على الحقيقة

ولفظ القوس حقيقة في النبل وقوس النشاب والحسبان وفي الباقي مجاز فان كان متواطيا تخير الوارث وان كان مشتركا بالاشتراك اللفظي وهو الظاهر فان قلنا بالبطلان بطل وان قلنا بتخير الوارث اشترى له ما يتخيره الوارث من المعاني الحقيقية المذكورة ويحتمل العدم للقرينة وهو ان الظاهر ان المراد قوس من قسيه قال دام ظله والاقرب دخول الوتر ان كان موجودا والا فلا اقول اذا اوصى له بقوس معينة وفيه وتر هل يدخل الوتر في الوصية ام لا قال المصنف الاقرب دخوله ووجهه انه لا يتم الا به فصار كالجزء منه ولانه مع وجوده اذا اطلق القوس يفهم عرفا المجموع ويحتمل عدمه لخروجه عن مفهومه فصار كسرج الدابة والوجهان للشيخ الطوسي رحمه الله والاقوى الثاني لعدم دخوله في مفهوم القوس ولزومه له فانتفت الدلالات الثلاث ولان نقل مال الغير مبني على الاحتياط التام قال دام ظله ولو قال اعطوه راسا من رقيقي وماتوا او قتلوا على اشكال قبل الوفاة بطلت ولو قتلوا بعدها لم تبطل فكان للموصى له مطالبة الجاني بقيمة من يعينه الوارث اقول قال الشيخ في المبسوط لا تبطل بقتلهم قبل الوفاة لان القيمة بدل منهم كوجودهم ولان تمليك العين القيمة ومن ان الاعتبار انما هو عند الموت ولا رقيق حينئذ فقد اوصى له بمعدوم فلا تصح والاصح عندي الاول قال دام ظله ولو قال اعطوه عبدا من عبيدي ولا عبيد له ثم تجدد له قبل الموت احتمل الصحة كما لو قال اعطوه الفا ولا مال له ثم تجدد او اعطوه ثلثمائة الف درهم ثم ملك مالا كبيرا والمنع اعتبارا بحال الوصية اقول تقرير الاول ان بطلان الوصية هنا مع تعلقها بالمال المتجدد بعدها محال لاجتماعهما والثاني ثابت فينتفي الاول بيانه ان الثاني انه اما ان يصح تعلقها بالمال المتجدد وان كان معدوما في الحال او لا والثاني يستلزم عدم تعلقها بالمتجدد بعدها والاول يستلزم عدم بطلان الوصية هنا لوجود المقتضي للصحة وهو صدور الوصية ممن يصح منه لمن يصح له وانتفاء المانع اذ ليس الا عدم المال في الحال وهو لا يصلح لمانعية لصحة تعلق الوصية بما يتجدد من المال قبل الوفاة واما ثبوت الثاني فلرواية السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام قال قال امير المؤمنين عليه السلام من اوصى بثلثه ثم قتل خطأ فان ثلث ديته داخل في وصيته ولما رواه الحسن بن صالح عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل اوصى لمملوك له بثلث

قاله

ماله قال فقال يقوم المملوك ثم ينظر ما يبلغ ثلث الميت فان كان الثلث اقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع قيمته وان كان الثلث اكثر من قيمة العبد ودفع اليه ما يفضل من الثلث بعد القيمة ولم يفصل فلو كان مختصا بحال الوصية لزم تاخير البيان عن وقت الحاجة او الخطاب وتقرير الثاني ان الملك نسبة التملك وما لم يثبت حسبان انه لم يثبت النسبة فاذا لم يكن مال حال الوصية كذبت النسبة اليه بالملك فيكون اولى بالبطلان مما اذا اوصى المرهون ولم يجز المرتهن لان المقابل من عدم الملك وهو عدم الشرط وبين المشروط نسبة تقابل النقيضين والتقابل بين صحة الوصية وبين الرهن تقابل الضدين وتقابل النقيضين اقوى قال دام ظله والبعير يدخل فيه الصغير والكبير وفي دخول الانثى اشكال اقربه انه كالانسان اقول قال صاحب الصحاح البعير من الابل بمنزلة الانسان من الناس يقال للجمل بعير وللناقة بعير وانما يقال له بعير اذا اجذع وذهب الشيخ في المبسوط الى انصرافه الى الذكر لانه حقيقة عرفية والفاظ اهل العرف يحمل على الحقائق العرفية ويمنع كونه حقيقة عرفية اذ المجاز اولى من النقل والمجاز غالب الحقيقة مغلوبة قلنا هما ممنوعان قال دام ظله وفي دخول الجاموس في البقر نظر اقول نشاء من اللغة والعرف قال دام ظله والجمع يحمل على اقله فلو قال اعتقوا رقابا فاقله ثلثه وان في الثلث ما بين وبعض الثالث اشترى البعض على اشكال اقول هنا مقدمات أ اقل الجمع ثلاثة لما تقرر في الاصول ب لفظ الجمع يحمل على ثلثه لانه المسرح ج اذا اوصى بعتق رقاب يكون قد اوصى بعتق كل واحد من ثلاثة د الوصية بعتق عبد يقتضي الوصية بعتق كل واحد من اجزائه من غير توقف بعض على بعض لاستحالة الدور والترجيح من غير مرجح ولان كل واحد من الاجزاء لو اعتق وحده لكان علة شرعا في عتق الباقي فلا يعقل التوقف الشرعي ولا العقلي ولا يتوقف على المجموع لان العلة لا تكون معلولة اذا سقط بعض الواجب للعجز عنه لا يستلزم سقوط الباقي هنا فظهر احد وجهي الاشكال لظهور انه بمضي الوصية عتق كل واحد من اجزاء كل واحد من الثلثة والميسور لا يسقط بالمعسور فتعذر بعض الاجزاء لا يمنع وجوب الباقي فيجب شراؤه ولانه اقرب الى العمل بالوصية فان اثنين وبعض الثالث اقرب الى الثلاثة من الاثنين خاصة ولان عادة العرب في لغتهم اطلاق الثلاثة على اثنين وبعض الثالث كذا اهل الشرع كما في الاقراء في العدة ومن ان الشراء انما هو لضرورة تحصيل الجمع

ولم يحصل فيكون تضييعاً على الورثة بغير فائدة وهذا قول الشيخ في المبسوط والاول قول
ابن ادريس وهو الاقوى عندي قال دام ظله فان وصى بالخنثيين ففي بعض ثلث وسدس
فالاقرب الاول اقول هذا تفريع على وجوب شراء بعض الثالث ووجه القرب انه اقرب الى لفظ
الموصي من غير زيادة تخرج من التركة ولا مدخل للخساسة والنفاسة في ذلك لتناول الوصية لها
بالسوية تناول الكلي الجزئي بل يجوز اختيار الخسيس المعين مع وجود النفيس ومن انه لا يحصل
المراد الذي هو الجمع والاصح الاول قال دام ظله ولو قال ان كان في بطنها غلام استحق دون
الجارية وان ولدا او لو ولدت غلامين احتمل تخيير الوارث والتشريك والايقاف حتى يصطلحا فانه متداع
بينهما اقول لفظ غلام مفرد نكرة فلا يعم فيحتمل تخيير الوارث لان حكم الوارث حكم الموروث
لانه حق للموروث فينتقل الى الوارث بعده كقبول الايصال فيدخل تحت العموم ولانه كما يخير الوارث
في تعيين الموصى به المطلق يخير في تعيين الموصى له والمقدم حق فالتالي مثله بيان الملازمة ان ملك الموصى
له المعين مستند بالاخرة الى الاختيار الوارث في الموصى به المطلق اولى واما حقيقة المقدم فبالاجماع
ووجه الثاني ان نسبة اللفظ الى كل واحد منهما كنسبته الى الاخر والترجيح بلا مرجح باطل فيكون
عين له المعين الواحد اذا ادعاها ايان ولا ترجيح لاحدهما ووجه الثالث انهما لا يجتمعان والا
لكانت النكرة للعموم هذا خلف ولا يمكن ابطالهما لانا نبحث على تقدير صحة الوصية ولا وجه
لترجيح احدهما فيقسم بينهما لا من حيث عموم اللفظ بل باعتبار رجع الدعاوي كما في باب الدعاوي
المتضادة والاصح الثالث قال دام ظله وكذا لو قال اوصيت لاحدهما ثم مات قبل البيان
ويحتمل القرعة هنا اقول اذا قال اوصيت لاحدهما ثم مات قبل كان فيه الاحتمالات الثلاثة

البيان صح

السابقة والبيان كما مر ويحتمل القرعة هنا وهو الاقوى لان احدهما نص في التخصيص فلا يحتمل قبول
الشركة بخلاف غلام لاحتمال حمله على الجنس قال دام ظله ولو اوصى للقراء فهو لمن يحفظ
جميع القرآن والاقرب عدم اشتراط الحفظ عن ظهر القلب اقول وجه القرب صدق
المشتق من دونه فانه يصدق على تالي القرآن من غير حفظ انه قارئ القرآن ولصدق المشتق
منه بدونه وللفرق بين القارئ والحافظ فان الاول اعم مطلقا ويحتمل العرف والاصح الاول
قال دام ظله ولو اوصى لزيد ولجبرئيل عليه السلم او لزيد والريح او الحائط فالنصف لزيد والباقي

باطل

باطل ويحتمل صرف الكل الى زيد في الاخرين اذ الاضافة الى الريح او الحائط باطلة بخلاف
جبرئيل عليه السلم اقول التملك من الامور الممكنة المفتقرة الى فاعل وقابل وموضوع وهو
المملوك والفاعل هو الموصي المكلف غير المحجور عليه والقابل هو الذي له اهلية التملك من جهة
الفاعل او صحتهما والامتناع في غير زيد من جهة القابل والفاعل غير مقتض لتخصيص زيد والقابل
غير كاف في حصول الاثر فتحقق الاول وهو الحق لان مقتضى اللفظ ان لزيد النصف لا غير
والباقي لا يصح اضافته اليه ووجه الثاني انه اضاف الملك كله الى زيد والحائط والاضافة
الى الحائط لاغية ببديهة العقل وهو معلوم للموصي فيثبت الاضافة الى زيد لانه اخرجه عن ملك
الوارث قوله بخلاف جبرئيل وجه الفرق ان جبرئيل حي عالم قادر فقد يتصور الموصي ثبوت الملك
له فيقصده بالوصية بخلاف الريح فانه يعلم انتفاء قصده فلا يختص زيد في صورة الوصية له
ولجبرئيل بل يبطل نصف جبرئيل وقد سبق تقرير هذا قال دام ظله ولو قال لزيد ولله احتمل صرف
الكل الى زيد فيكون ذكر الله تعالى تأكيدا للقربة للوصية وصرف سهم الله الى الفقراء
فانهم محل حقوقه اقول وجه الاول العرف لاقتضائه ان ذكر الله تعالى في مثل هذا
كذا للقربة ومنه نشأ مذهب من ذهب الى قسمة الخمس خمسة اقسام ووجه الثاني صحة
اضافة الملك الى الله لقوله تعالى فان لله خمسه واللام للملك حقيقة والاصل في الاطلاق
الحقيقة وقوله تعالى قل اللهم مالك الملك وقضى ما في الباب انه ملكه تعالى بعلية
وعلى ملكنا لفظ الملك بالاشتراك اللفظي واللفظ يحمل على معنى المشترك عند النص على ارادة
تماما وسيفرع على هذا حكم النصف الاخر فقيل انه للفقراء وهو اختيار المصنف هنا و
قيل لوجه القرب وهو الاقوى عندي قال دام ظله ولو اوصى لغير المنحصر كالعلوية صح ولا
يعطى اقل من ثلثه ولا يجب تتبع من غاب عن البلد وهل يجوز التخصيص اشكال وكذا اجواز التفضيل
اقول من حيث انه لو كان لغير المنحصر للتشريك لبطل فهو لبيان المصرف اذا العلم بعدد
الكل قرينة دالة على ارادته ومن حيث ان اللام حقيقة في الملك فيحمل عليه وفي الاء
ستيعاب على الممكن لتعذره والتحقيق ان الوصية اما ان يكون لفظها يقتضي التعميم
اولا ولا يجب في الثاني واما الاول فالمراد منه اما كل واحد واحدا والكل المجموع وعلى كل

التقديرين فيجب استصحاب ما امكن لسقوط الواجب بالعدد هنا وكونه اقرب الى الحقيقة والفرق
بينه وبين ما ان المصرف ان المراد فيه الماهية من حيث هي واما العموم فالمراد منه كل واحد
او الكل المجموعي قال دام ظله ولو اوصى لورثة فلان ومات عن غير وارث بطلت وفي الموالي
اشكال اقول اذا اوصى لورثة زيد ولم يكن له من الورّاث الا الموالي من اعلى فهل يستحقون
ام لا قال المصنف فيه اشكال ينشأ من كونه وارثا لغة وشرعا ومن ان العرف لانه اذا اطلق لفظ
الوارث يسبق الى الذهن غيرهم ولم يتخلوا فيه وسبق المعنى الى الذهن عند الاطلاق
دليل الحقيقة فيكون فيهم مجازا فلا يحمل عليهم عند الاطلاق وليس يصحح التصرف التام قرينة
يوجب الحمل على المجاز والاصح الاول لصدق المشتق منه حقيقة المطلب الثاني في الاحكام
المعنوية قال دام ظله ولو اوصى له بمنافعه ملك جميع اكتساب العبد من الاصطياد والاحتطاب
فان عتق فاشكال اقول الاشكال في حيازة المباحات بعد العتق اذا نوى التملك
لنفسه وقلنا النية تؤثر من حيث انه ملك جميع منافع هذا الشخص ومن حيث ان تملك المباحات
يتوقف على النية وقد نواها لنفسه وهو الاقوى قال دام ظله وفي تملك وطي الجارية و
عقرها اشكال ينشأ من بطلان الوصية بمنفعة البضع وكون الولد جزءا من الام يتبعها
في الاحكام اقول مسائل هذا الباب تبنى على اصول ثلثة آ انا لا نذهب الحق ان الوصية بالمنافع
تمليك لها ب معنى التأبيد استيعابا بالوصية مدة يقال العين من القبول الى الموت الى هلاك
العين فالوصية بمنفعة العبد ابدا تستوعب مدة حيوته وعلى هذين الحكمين اجمع الامامية فيلزم
من ذلك ان يورث عن الموصى له وله اجارتها واعارتها ج انا نريد ان المنافع التي يتناولها الوصية
داخلة في الوصية ثم ذكر فروعا تتفرع على هذه الاصول وفي هذا الكلام منها فروع آ هل
يتناول الوصية منافع الجارية وولدها من زنا مثلا ام لا قال المصنف فيه اشكال منشؤه ان اصطلاح
الفقهاء على انه كسب له ولهذا كان ولد المكاتب لا تستبعد عند اشرافه على العجز لانه
قد روي ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم سمى ولد الرجل كسبا لابيه ومن حيث قول الفقهاء ان
الولد جزء من امه يتبعها في الاحكام وبه قال الشيخ رحمه الله والحق الا بعد من المنافع وفيه
اشارة الى دقيقة ثاني ب هل يملك عقرها وهو ما وجب بوطيها او بعقد النكاح عليها كالمهر

اذا زوجت او مهر المثل او العشر او نصفه اذا وطيت وطيا موجبا للمهر فيه اشكال قال
دام ظله وهل يملك الوطي الاقرب المنع اقول هذا فرع ثالث وهو متفرع على ملك المهر فان قلنا
لا يملك المهر لم يملك الوطي قطعا وان قلنا يملكه المهر احتمل ضعيفا ملك الوطي لانه من جملة المنافع
واذا ملك بالتحليل فالتمليك اولى وجه القرب ان استباحة منافع البضع انما هي بالعقد وملك
الرقبة او باباحة المالك بصيغة خاصة والكل منتف هنا ومن حيث انه منفعة متقومة و
الاصح الاول وعندي لا وجه لملك الوطي ولا اباحته هنا قال دام ظله واذا منعنا من تملك
الولد فالاقرب سقوط الحرمة عنه اقول من حيث انه لم يوص بمنافعه وهو مغاير للام ومن
حيث انه جزء من الام والوصية بمنافعها يقتضي الوصية بمنافع كل واحد من اجزائها والى هذه
الدقيقة اشار بقوله وكون الولد من الام لانه معلول ذات الام فمنافعه معلولة لها والتحقيق
ان منافعها هي المنافع التي هي علة فيها والعلة قد يكون قريبة وبعيدة فهل يحمل على الجميع
او على الاولى خاصة الحق الثاني لان المفهوم عند الاطلاق فهو اما حقيقة عرفية واما مجاز
راجح وكلاهما عند المصنف راجح والصحيح عندي انه لا يملك منافعه ولا يتعلق به الوصية
قال دام ظله ولو وطيت للشبهة فعلى الواطي العقر للموصى له على اشكال اقول ينشأ
من ان المهر من نماء الرقبة وعليتها ولهذا يملكه مولى الجارية وكل منافعها للموصى له بالوصية
ولهذا قال الشيخ الطوسي ومن ان بدل البضع للموصى له لانه لا تصح الوصية بمنفعة البضع
صريحا والبدل تابع للمبدل قال دام ظله وان اتت بولد فهو حر وعلى الواطي بقيمته فان
قلنا الموصى له يملك الولد فالقيمة له والا فللوارث اقول القيمة تابعة لملك الرقبة فان
قلنا الولد يملكه الموصى له فالقيمة له والا فلا والبحث فيه تقدم ونقول هنا من حيث ان ذات
مساوته في الماهية لذات ابويه فلا يطلق عليه لفظ المنفعة الا بالمجاز عرفا فلا يدخل تحت
الوصية ومن حيث المعنى والحقيقة اللغوية فان المنفعة شيء يحدث من العين كثمرة الشجر
قال دام ظله ولو ولدت من الموصى له فهو حر وعليه القيمة وفي المستحق ما تقدم اقول
منشاؤه تقدم والاحسن في العبارة ان يقول هل عليه القيمة لانه على تقدير ان يكون الولد له
لا يستحق على نفسه فلا يحسن الجزم بان عليه القيمة ويستشكل في المستحق لكن عدل عنها

الى العبارة المذكورة لفوائد آ ان الولد لا يخلوا اما ان يكون للموصى او للموصى له على التقدير
الثاني فانتقاله اليه من الموصى فعلى كل تقدير فالاصل ملك الموصى والموصى له طار عليه فلا يرجح
هنا اصالة براءة الذمة لانها متفرعة على خلاف الاصل وهي مسئلة اجتهادية فاذا كانا فاتهما
ربان عند المجتهد حكم عليه بالقيمة وانما فيها حتى يتبين المستحق للولد عنده بمرجح لاحدى الامارتين
ب مات لم يكن للورثة من التصرف في مقدار القيمة حتى ترجح ج لو افلس لم يقسم على الغرماء
مقدار القيمة من ماله الا بعد المرجح قال دام ظله وهل له المسافرة بالعبد الموصى بخدمته
الاقرب ذلك اقول هل للموصى له الانفراد بالسفر بالموصى له بمنفعته الاقرب ذلك ووجه
القرب انه من جملة منافعه فلو لم يكن له لنقص عليه الانتفاع وقيل ليس له ذلك للتعرض للتلف
والاصح الاول قال دام ظله ولو كان القتل موجبا للقيمة احتمل صرفها الى الوارث لاسما
الوصية بانها بالعمر وشراء عبد حكمه ذلك وتقسيطها بينهما بان يقوم المنفعة المؤبدة والعين
المسلوبة المنفعة وتسقط عليهما اقول وجه الاول مع ما ذكره المصنف ان الاضافة تفيد
الاختصاص فلا يقتضي الوصية منافع غيرها ووجه الثاني ان القيمة بدل الرقبة ومنافعها
فيقوم مقامها ولان كل حق تعلق بالعين تعلق ببدلها اذا لم تبطل بسبب استحقاقها ويفارق
الزوجة الامة اذا قتلت فانه لا حق للزوج في القيمة ولا للمستاجر في العين المستاجرة اذا تلفت
لان سبب الاستحقاق يبطل بتلفهما ووجه الثالث انه ورد على الرقبة مسلوبة المنفعة وعلى المنفعة
لاشتمال الجناية على اتلاف عليهما فيضمن لكل منهما ما اتلف عليه والتحقيق انه مبنى على
ان المقتول لو لم يقتل لعاش قطعا ام لا والموصى له لا عوض له على الله تعالى على الاول لتناول الوصية
وقت الحيوة قال دام ظله ولو قطع طرفه احتمل ارشه القسط واختصاص الوارث به لو لم
ينقص المنفعة كالانملة فللوارث اقول وجه الوجهين ما مر والاول هو الصحيح هنا لانه قد
نقص المنافع عليه قطعا فيضمن له وكيفيته التقسيط ان ينظر ما للموصى له من قيمته يأخذ من ارشه
بقدره قال دام ظله ولو جنى العبد قدم حق المجني عليه على الموصى له فان بيع بطل حقه
وان فداه الوارث استقر حقه وكذا ان فداه الموصى له وهل يجبر المجني عليه على قبول الفداء اشكال
ينشأ من تعلق حق الموصى له بالعين ومن كونه اجنبيا عن الرقبة التي هي متعلق الجناية اقول

الاصح

الاصح عندي ان للموصى له الفداء لانه مالك للمنفعة المتعلق حقه بالعبد ولا يتم الا بالفداء قال
دام ظله وكذا المرتهن اقول في المرتهن ايضا الاشكال المتقدم وايضا فان المرتهن
ليس بمالك للرقبة ولا المنفعة والاقوى عندي ان له ذلك لان فيه جمعا بين الحقين
قال دام ظله وتصح الوصية بالمنفعة مؤبدة وموقتة ومطلقة والاقرب تخيير الوارث
اقول لانه قائم مقام المورث ويحتمل ان ينزل على ما يتمكن من المنافع فان تعددت
وتباينت فبالقرعة لانه المستحق قال دام ظله وهل يجوز في المؤبد بيعه في
الموصى له نظر اقول منشاه من ان العين التي لا منفعة لها مقصودة في نظر العقلاء
لا قيمة لها فلا يصح بيعها كما تقدم في الفائدة السابقة ومن ملك اعتاقه وحصول التقرب
وجزء من الولاء فلم يسلب منفعته مطلقا والتحقيق المنفعة بالنسبة الى الموصى له
خاصة بان يبيعه مع منفعته ولان اجتماع العين والمنفعة في الملك مقصود قال
دام ظله وفي الاجزاء عن الكفارة اشكال اقول منشأه من ان الاعتاق تناول
عين الرقبة وهي خالصة له ومن حيث انه ناقص الملك ولان فائدة العتق تسلط العتيق
على منافعه وقطع تسلط الغير عليه في وقت ما ولا يحصل هنا فيكون كالرق بعد العتق
وكالمعتق بعد ... لان صحة عتقه مع منع عتق العبد وشرط الخدمة دائما عن
الكفارة مما لا يجتمعان لان الواجب اما اعتاق عين العبد من غير اعتبار غيره او اعتاق
عبد كامل المنافع فان كان الاول اجزأ انما وان كان الثاني انتفى الاول والثاني
ثابت اجماعا فينتفي الاول قال دام ظله وفي صحة كتابته اشكال منشأه من امتناع
الاكتساب عليه لنفسه ومن امكان اخذ المال من الصدقات اقول الاصح عندي
صحة الكتابة قال دام ظله ويعتبر المنافع بحسبه من الثلث اجماعا لانها تنقص قيمة
العبد وان كنا لا نقضي الديون من المنافع المتجددة بعد الموت ولا تقع موروثة بل
ملكها الوارث فان كانت مؤبدة احتمل خروج قيمة العين بمنافعها من الثلث لسقوط قيمتها
اذا كانت مسلوبة المنفعة والحيلولة بينها وبين فكانها فاسدة اذ عين لا منفعة لها لا قيمة لها
وشجرة لا ثمر لها لا قيمة لها غالبا وتقويم الرقبة على الورثة والمنفعة على الموصى له فيقوم العبد

منفعته فاذا قيل انها تقوم مسلوب المنفعة فاذا قيل عشرة علم ان قيمة المنفعة تسعون ولو كان

موقته قومت مع المنفعة تلك المدة وبدونها فينظر كم قيمتها اقول المنفعة الموصى بها اما

موبدة او موقتة فان كان الاول امتنع تقويمها بنفسها دون العين لان المنفعة ابدا هي منفعة

مدة العمر ومدة العمر غير معلومة فلا تكون المنفعة المقيدة بها معلومة وما لا يعلم ولا ينضبط

لا يمكن تقويمه واذا تعذر تقويم المنفعة وحدها تعين تقويم الرقبة وفي كيفية التقويم وجهان

ذكرهما المصنف ووجه الثاني ان الرقبة لم يدخل الوصية بها للورثة ولم اعتاقها وبيعها

متمكنون

على الموصى له وعلى غيره على قول فهم متمكنون منها فلا معنى ولا احتسابها على الموصى له لا يقال

انه حال بينها وبين الورثة والحيلولة كالاتلاف يضمن بها ولهذا يضمن الغاصب بها وان بعد السارق

قدرة المالك على العين والبيع حيلولة الغاصب ليست بحق من المالك ويوجد

بالاستوا بخلافه هنا وتقويمها مسلوبة المنافع وبما تعرف قيمتها وحدها فعلوا الذي للورثة وبه يعرف

ما يوجب بالوصية على الوارث او كان المنفع موقتة بمدة معينة او ازيد مثلا اختار والذي

المصنف تقويم العين مع منفعة تلك المدة وبدونها فالتفاوت يخرج من الثلث وقيل تقوم

بنفسها لانها مضبوطة معلومة فيها اجرة المثل لتلك المدة واما ترجيح المصنف الاول لوجهين

ان هذه الوصية تنقص قيمة العين قطعا فكما ان النقص بالوصية من غير المتعلق بها الوصية فانه يحسب

على الموصى له وان لم يحصل له بحال او نقص احد مصراعي الباب اذا اوصى له بالآخر فان النقص هنا

لم يتعلق بالعين المتعلقة بالوصية عاع انه لا يخلو من شك

بعد الموت فلم يكن الموصي مفوتا لها داخلة ملكا وانما صحت الوصية لاضافتها الى العين واحتياج الناس

الى ذلك حتى جوز الشارع صحة الوصية بها ومثله القول من بطلان الاجارة بموت المؤجر واما على قول

من يقول ان العين بعد الموت على حكم مال الميت ولوازم ملكه لاحقه بما قال بالثاني ان لم يحصل

نقص العين ولو اشتمل على منفعتين كالعبد ان والساعة واوصى باحدهما صح وامكن

معا التقويم ولا يرجح الساعي على العادة في استيفا احدى المنفعتين لان الفاظ الناس محمولة

على المعهود عرفا لان اللفظ ظاهر فيه والظاهر راجح ونقيضه مرجوح والمرجوح حاله البادي

لا يحمل عليه حال المرجوحية اولى واعماله لا يجوز ومعها معا خلاف التقدير والراجح اولى ويحمل

القرعة اذ لا ترجيح ولا صح لاول قال دام ظله ولو اتفقت وقصد الدوام وعدم استيعاب

الاوقات فاشكال اقول اذا كان للعبد منفعتان كالحياكة والصياغة واوصى لواحد باحدهما دائما

لكن قصد عدم استيعاب الاوقات واتفقت العادة الخصصة المعينة لزمان كل واحدة منها ففيه اشكال

من حيث انحصار الحق فيها فهو للوارث وللموصى له فلا يبنى على اختيار احدهما كالمعين فيحتمل القرعة

لانه امر مشكل ويحتمل الصلح لعدم تمييز الحق في نفسه والقرعة يكشف ما يميز ويحتمل قسمة الزمان

بينهما بالصلوح كل وقت لهما ولا ترجيح فيقسم بينهما كذا عمي العبد ويحتمل تخيير الوارث لان

الوصية مطلقة بالنسبة الى الاوقات وكان للمالك تعيين المطلق فكذا الوارث ولا صح عندي القرعة

قال دام ظله وهل يحسب ما نقص القيمة للرقبة على الورثة من التركة اشكال ينشأ من الحيلولة

المؤبدة اقول لتوضيح ذلك بمثال وهو انه اذا اوصى بمنافع عبده مؤبدا وقيمته بتمام منافعه

مائة وبدونها عشرة فعلى القول بخروج الكل من الثلث يشترط ان يكون للورثة سوى العبد مائتان

وعلى القول بان المعتبر التسعون يشترط ان يبقى للورثة ضعف التسعين فهل تحسب العشرة التي هي قيمة

الرقبة المجردة عن المنافع على الورثة او لا يحتسب بل يشترط ان يكون لهم تسعون غيرها فيه اشكال

ينشأ مما ذكره المصنف ومن بقاء الرقبة لهم وتمكنهم من استيفاء المنافع المتعلقة بالرقبة خاصة

كالعتق والبيع على الموصى له وانما يقوم بالنسبة الى هذه المنافع وهذا هو الاصح عندي قال

دام ظله ونفقة العبد والحيوان الموصى بخدمته وفطرته على الوارث في الموقتة وفي المؤبدة اشكال

اقول فيه احتمالات ان يكون على الوارث لان مناطها ملك الرقبة لا المنافع وهو هنا للوارث

انها على الموصى له لانه ملك منافعه على التأبيد فكان اقوى من المالك هنا واولى انها في

كسبه ومع العدم في بيت المال لعدم ملك الموصى له الرقبة فكان كالمستاجر ولا فائدة للوارث فيه

فانها بما عليه اجحاف والحق اعتبار هذه المسألة على نفقة الاجير الخاص مع عدم الشرط ويبنى على

ذلك وجوب الفطرة قال دام ظله ولو اوصى بعتق مملوكه وعليه دين قدم الدين فان فضل من

التركة ما يسع ثلثه قيمة العبد عتق والا اعتق ما يحتمله ويسعى في الباقي ولو لم يبق شيء بطلت

وقيل ان كانت قيمته ضعف الدين عتق وسعى في خمسة اسداس قيمته ثلثه للديان وثلثان للورثة

وان كانت اقل بطلت اقول الاول اختيار ابن ادريس والثاني اختيار الشيخ في النهاية وابن

البراج واختاره المفيد في المقنعة لنا انه اذا لم يحط الدين بالتركة فضل شيء فيكون مالا للمريض فيدخل
تحت قوله عليه السلام الانسان احق بماله وما رواه الحلبي في الحسن قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل قال ان مت
فعبدي حر وعلى الرجل دين فقال ان توفي وعليه دين قد احاط بثمن الغلام بيع العبد
وان لم يكن قد احاط بثمن العبد استسعي في قضاء دين مولاه وهو حر اذا اوفى احتج الشيخ
بما رواه زرارة في الحسن في رجل اعتق مملوكه عند موته وعليه دين قال ان كان قيمته مثل الذي عليه
ومثله جاز عتقه والا لم يجز وفي الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام في حديث طويل
قلت رجل مات وترك عبدا ولم يترك غيره وقيمة العبد ستمائة درهم ودينه اربعمائة درهم قال كذا
يباع العبد فياخذ الغرماء اربعمائة درهم وياخذ الورثة مائتين ولا يكون للعبد شيء قال قلت فان
كانت قيمة العبد ستمائة درهم ودينه ثلثمائة درهم قال فضحك ثم قال بعد كلام فالان يوقف العبد و
يستسعى فيكون نصفه للغرماء ويكون ثلثه للورثة ويكون له السدس والجواب ما ذكرناه اولى
لاعتضاد الرواية بالاصل قال دام ظله ولو اوصى بعتق مماليكه دخل ما يملكه منفردا او مشتركا
فيعتق النصيب ويقوم عليه من الثلث على اشكال اقول منشأه من عموم النص ومن ان الميت معسر فان العتق
لا يقع الا بعد الموت ولان العتق بالسراية اما بالعتق او بالاداء وكلاهما لا يتحقق هنا الا بعد الموت
وهو معسر بحاله اذن والتحقيق ان قوله عليه السلام من اعتق شقصا من عبد عتق كله يخرج الميت من
وجهين الاول ان قوله عليه السلام انما هو حقيقة في المباشر ولا يتحقق في الميت ولا الوارث لانه كالوكيل
عن الميت الثاني قوله عليه السلام انما يتحقق بالمخاطب واعلم ان للاصحاب في هذه المسئلة قولين احدهما
قول الشيخ في النهاية انه يقوم عليه ان كان ثلثه يحتمله وان لم يحتمل عتق منه بقدر ما يحتمل وتبعه ابن البراج
واختاره والدي المصنف في المختلف وثانيهما قوله في المبسوط لانه سبب لا يقوم واختاره ابن ادريس
احتج والدي في المختلف بان الموصي اوجد سبب السراية في العتق فيوجد مسببه اما الاولى فلان العتق
في المنفرد مستند اليه ولهذا كان ولاؤه له واما الثانية فظاهرة وبما رواه احمد بن زياد عن ابي الحسن عليه السلام قال
سالته عن الرجل يحضره الوفاة وله المماليك لخاصة نفسه وله مماليك في شركة رجل اخر فيوصي في وصيته مماليكي
احرار ما حال مماليكه الذين في الشركة فكتب عليه السلام يقومون عليه ان كان ماله يحتمل ثم احرار واحتج الشيخ في
المبسوط بان ملكه قد زال بالموت ثم العتق الذي استيناف ومنع والدي الصغرى لانه اوجد السبب المقوم قال دام ظله

ولو اوصى بعتق عدد معين من عبيده ولم يعينهم استخرج العدد بالقرعة الى ان يستوفي الثلث ويحتمل تخير الورثة
اقول لانه اما ان يكون الوصية بان يعتق الوارث واحدا لا بعينه بان يقول احدكم حر ولم يقل بعينه او يعتق
واحدا بعينه وهو تكليف ما لا يطاق او ما يعينه الوارث وهو المطلوب ولانه قائم مقام المورث ووجه القرعة
انه موضوع على قهر الوارث ولانه حق للعبد ولا ترجيح فتعين القرعة لانه امر مشكل وهو الاصح قال دام ظله
ولو اوصى بعتق رقبة مؤمنة وجب فان تعذر كفى من لا يعرف بنصب اقول هذا قول الشيخ في النهاية
خلافا لابن ادريس فانه ذهب الى انه لا يجزي الا المؤمنة وقال ابن البراج اذا اوصى بعتق رقبة مؤمنة لم يجز ان يعتق
الا من كان كذلك وقد ذكر انه اذا لم يوجد الرقبة اعتق من الناس من لا يعرف بنصب ولا عداوة لاهل البيت
عليهم السلام والذي ذكرناه احوط هذا اخر كلامه والحق عندي مذهب ابن ادريس لنا قوله تعالى فمن بدله
بعد ما سمعه وقول الشيخ على رواية علي بن ابي حمزة عن ابي الحسن عليه السلام قال سالته عن رجل اوصى بثلثين دينارا
يعتق بها رجلا من اصحابنا فلم يوجد بذلك قال فليشتري من الناس فيعتق وابن ابي حمزة ضعيف قال
دام ظله ولو اوصى بجزء من ماله فالسبع وقيل العشر اقول القولان للشيخ رحمه الله فقال في النهاية والخلاف
بالاول وهو اختيار المفيد وابن الجنيد وسلار وابن البراج وابن حمزة وقال في كتابي الاخبار بالثاني وهو اختيار
ابن بابويه والمصنف في المختلف واحتج بما رواه الشيخ في الصحيح عن عبد الله بن سنان قال ان امراة اوصت
الي وقالت ثلثي يقضى به ديني وجزء منه لفلانة فسالت عن ذلك ابن ابي ليلى فقال ما ارى لها شيئا ما ادري ما
الجزء فسالت ابا عبد الله عليه السلام بعد ذلك وخبرته كيف قالت المراة وما قال ابن ابي ليلى فقال كذب ابن ابي ليلى
لها عشر الثلث ان الله تعالى امر ابراهيم عليه السلام وقال اجعل على كل جبل منهن جزءا وكانت الجبال يومئذ عشرة
فالجزء هو العشر من الشيء احتج الاخرون بما رواه ابن ابي نصر في الصحيح قال سالت ابا الحسن عليه السلام
عن رجل اوصى بجزء من ماله فقال واحد من سبعة لان الله تعالى يقول لها سبعة ابواب لكل باب منهم جزء
مقسوم والجواب الاول يرجح بكونه صاحب الواقعة والاصح عندي انه العشر لانه يصدق عليه انه جزء حقيقة
واللفظ اذا لم يتردد بين الاقل والاكثر انما يحمل على الاقل وايضا فانه تم استعماله في العشر ونص المعصوم
باستدلاله به على ان هذا الاستعمال حقيقة قال الشيخ الاولى محمولة على الوجوب والثانية على الاستحباب
جمعا بين الاخبار قال دام ظله ولو قال اعطوه كثيرا فكذلك وقيل يحمل على النذر اقول اذا قال اعطوه
كثيرا من مالي كان بمنزلة اعطوه حظا او نصيبا من مالي وهو اختيار المصنف في كتبه وهو قول ابن ادريس

للاقتصار بالرواية على موضع النص وهو لا يصح والثاني قول الشيخ وابن حمزة والصدوق ولا لزوم لاشتراك المجاز
وكلاهما خلاف الاصل فعلى الاول يعطى الوارث وهو لا يصح قال دام ظله ولو قال اعطوه جزءا من مالي احتمل
سبع السبع او عشر العشر او ما يعينه الوارث اقول البحث هنا قد مضى ووجه الثالث ان الروايتين المعتبرتين انما
وردتا في الوصية بجزء المال لا بجزء جزئه فلا حمل على الاول لانه خلاف الاصل فيقتصر به على موضع النص وهو لا يصح عندي
قال دام ظله ولو اوصى باشياء فنسي الوصي شيئا منها صرف قسطه في وجوه البر وقيل يصير ميراثا اقول الاول مذهب الشيخين
والصدوق وابن البراج والثاني نقله ابن ادريس في جواب الحائريات وهو الاصح احتج الاولون بان جعله ميراثا
تبديل للوصية وما رواه محمد بن ريان قال كتبت اليه يعني علي بن محمد عليه السلام اسأله عن انسان اوصى بوصية فلم يحفظ
الوصي الا بابا واحدا كيف يصنع بالباقي فوقع عليه السلام الابواب الباقية اجعلها في البر ولان ملك الورثة بعد الوصية فالكل
غيرهم وقد خفي فيصرف في البر كغيره احتج الاخرون بامتناع القيام بها فتبطل والجواب منع كلية الكبرى فان
الممتنع المتعين لا مطلق الاخراج عن ملك الوارث وقصد القربة والاول هو الاصح قال دام ظله ولو اوصى بسيف
معين دخل الحلية والجفن ان كانت عليه على اشكال اقول منشاؤه من العرف وهو قول الشيخ ابي جعفر الطوسي
وعدم دلالة لفظ السيف عليه باحدى الدلالات الثلث وهو لا يصح لان نقل مال الغير مبني على الاحتياط وان
كل مبني على الاحتياط لا يكفي فيه الا الجزم او ما نص الشارع عليه من امارات كالبينة قال دام ظله ولو اوصى له بسفينة
او صندوق او جراب قيل دخل المظروف اقول هذا قول الشيخ ابي جعفر الطوسي واختاره ابن الجنيد والصدوق
وابو الصلاح وابن البراج لرواية حمل عن الرضا عليه السلام قال قلت سألته عن رجل اوصى لرجل بسيف وكان في جفن
وعليه حلية فقال له الورثة انما لك النصل وليس لك المال قال فقال لا بل السيف بما فيه له قال قلت رجل اوصى لرجل بصندوق
وكان فيه مال فقال الورثة انما لك الصندوق وليس لك المال قال فقال ابو الحسن عليه السلام الصندوق بما فيه له وعن عقبة
بن خالد عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل قال هذه السفينة لفلان ولم يسم ما فيها وفيها الطعام ايعطاها
الرجل وما فيها قال هي للذي اوصى له بها الا ان يكون صاحبها متهما وليس للورثة شيء واما المفيد فقيد
الصندوق بالمقفل والجراب بالمشدود وهو اختيار ابي الصلاح والحق انه ان وجدت قرينة تقتضي الدخول دخل
والا فلا والبحث انما هو في المسائل اليه قال دام ظله ولو اوصى باخراج بعض ولده من التركة لم يصح وهل يكون
وصية لباقي الورثة بالجميع او يلغو لفظه اشكال اقول المشهور بين الاصحاب البطلان واختاره الشيخ في النهاية
وروى محمد بن يحيى في كتابه عن وصي علي بن السري قال قلت لابي الحسن عليه السلام ان علي بن السري توفي واوصى لي

الظرف خ

(تعدى خ

فقال رحمه الله قلت وان ابنه جعفرا وقع على ام ولد له فامرني ان اخرجه من الميراث فقال لي اخرجه فان كنت صادقا فسيصيبه
خبل قال فرجعت فقدمني الى ابي يوسف القاضي فقال اصلحك الله انا جعفر بن علي بن السري وهذا وصي
ابي فمره فليدفع الي ميراثي فقال ما تقول فقلت نعم هذا جعفر بن السري وانا وصي علي بن السري قال فادفع اليه ماله
فقلت له اريد ان اكلمك قال فادن فدنوت حيث لا يسمع احد كلامي فقلت له هذا وقع على ام ولد لابيه وامرني
ابوه واوصى لي ان اخرجه من الميراث ولا اورثه شيئا فاتيت موسى بن جعفر عليه السلام بالمدينة فاخبرته وسألته فامرني
ان اخرجه من الميراث ولا اورثه شيئا قال الله ان ابا الحسن امرك فقلت نعم فاستحلفني ثلثا ثم قال لي انفذ ما امرك
فالقول قوله فاصابه الخبل بعد ذلك قال ابو محمد الحسن بن علي الوشاء رايته بعد ذلك قال ابن بابويه محمد عقيبه من
الرواة من اوصى باخراج ابنه من الميراث ولم يحدث هذا الحدث لم يجز للوصي انفاذ وصيته في ذلك قال الشيخ في
الاستبصار هذا الحكم مقصور على هذه الوصية لا يتعدى بها الى غيرها والمصنف لم يعمل على هذه الرواية لانها قضية
واقعة فلا يعم لمخالفتها الادلة ومنهم من استشكل بطلان الوصية بالكلية او وقوعها لغيره من الورثة بالجميع فيمضي من
الثلث كما لو اوصى بذلك ابتداء ومنشأ الاشكال من حيث اطلاق الاصحاب بطلان الوصية ومن استلزامه ذلك فيمضي
من الثلث والاقوى ان كون الباقي للورثة لم يحصل من مجرد لفظ الوصية مطابقة ولا تضمنا وهو ظاهر ولا التزاما
لانه اعم بل هو حكم شرعي لازم لخروجه وعدم استحقاقه غيره لنصيبه بوصية وغيرها واذا لم يوجد الملزوم
لا يدل على وجود اللازم لم يحكم به والاقوى عندي البطلان واختار في المختلف صحتها من الثلث لباقي الورثة ومع
اجازتهم يصح الكل لان اخراجه يستلزم تخصيص بقية الورثة وانا اقول هذه الوصية مخالفة لنص القرآن حيث
قال الله تعالى يوصيكم الله في اولادكم الاية وكل وصية مخالفة لنص القرآن فهي باطلة قال دام ظله ولو امتنع
المعين في الندب احتمل البطلان اقول من حيث ان غيره ليس امتثالا للوصية وانما اوصى بالحج من هذا المعين لا
من غيره ومن حيث ان بطلانه لا يستلزم بطلان جزء بعينه وهو لا يصح قال دام ظله ولو قال
اعتقوا رقابا وجب ثلاثة الا ان يقصر الثلث فيعتق من يحتمله ولو كان واحدا ولو قصر فالاقرب عتق شقص ان وجد
والا صرف الى الورثة او يتصدق به على اشكال اقول في هذا الكلام مسائل اربع ا وجوب عتق المماليك الثلاثة
لانه اقل الجمع واقله على ما قررناه في الاصول ب لو تعذر وجب الممكن حتى الواحد لوجوب عتق كل واحد واحد و
الميسور لا يسقط بالمعسور ج لو تعذر الجزء واحدا كنصف عبد مثلا فالاقرب عند المصنف وعندي الوجوب ووجهه
ان وجوب عتق العبد يستلزم وجوب عتق اجزائه لتقدم الجزء في الوجودين والعدمين فلا يكون متوقفا على الكل

قال الوصي خ

ومن حيث انه وجب بالتبعية فان دلالة التضمن تابعة للدلالة المطابقة ومع عدم المتبوع لا يجب التابع هـ ولو لم يكن جزءا شائعا
من اجزاء العبد هل تبطل الوصية او تصرف به قال المصنف فيه اشكال ومنشاؤه من تعذر المصرف وهو العتق وغيره تبديل
للوصية وهو منهي عنه بالاية وكيف لا وتعيين شيء غير لزوما فامتنع العمل بالوصية فتبطل ومن حيث انه نوع من
من البر وبطلان المركب لا يستلزم بطلان جزء بعينه فتبقى الوصية في البر ولان المعلوم من قصده بالعتق التقرب
قال دام ظله وكذا الاشكال لو اوصى بشيء في وجه فتعذر صرفه فيه اقول من حيث انه اخرج عن الورثة وجعل
مستحقا ومن حيث انه تعذر الوصية والمجزوم من شيء يلزمها لازم والاصح عندي في هذه المسئلة والمسئلة التي
البطلان قال دام ظله اما لو ملكه بالشراء فانه يعتق من الثلث على الاقوى والاقرب في الانعتاق انه كالارث
لانه عتق مستحق ولا عوض في مقابلة اقول هنا مسئلتان أ اذا اشترى المريض من يعتق عليه بثمن المثل هل
يعتق عليه من الاصل فيصح شراء الكل او من الثلث فيبطل الشراء فيما لا يتسع له لاستلزام الملك هنا العتق في
الآن الذي بعده بلا فصل فنقول من ذهب من الاصحاب الى ان منجزات المريض المتبرع بها من الاصل كان
لا ريب في نفوذ الشراء والعتق من الاصل بلا اشكال وسواء ولي وعن كالمصنف في اعتبار الثلث كالارث
قوله انه سبب العتق كالجائز فعله اشترى وكل منهما صدر عن قدرته واختياره والشراء هنا هو المفوت للثمن و
المتمم على الورثة لاقتضائه حرية المبيع ولان ملك الثمن مستقر وملك المبيع غير مستقر فكان كالاملاك بالنسبة الى
الورثة فصار الثمن كالمتبرع به والعتق اختياري لا عوض في مقابلة ويحتمل ضعيفا صحتهما من الاصل لان الشراء
بثمن المثل فلا تبرع فيه والعتق قهري علته القرابة والشراء معاوضة والاصح عندي الاول لان الشراء يستلزم
ما منع الشارع منه وهو اتلاف اكثر من الثلث على الورثة بغير عوض يحصل لهم فمنع من اللازم والا لزم تكليف
ما لا يطاق او انفكاك اللازم عن ملزومه وكلاهما محال ويبنى هذه المسئلة على مسئلة كلامية هي ان القدرة
على السبب هل هي قدرة على المسبب او تستلزمها اولا قدرة على المسبب ذهب الجبائيان واتباعهما الى الاول وذهب عباد
الصيمري الى الثاني لان المسبب مع وجود السبب واجب ومع عدمه ممتنع ولا قدرة عليهما فعلى الاول يمضي من الثلث وعلى
الثاني من الاصل ب لو اتهبه المريض من غير ذكر شرط عوض قيل ان الهبة مع الاطلاق تستلزم الثواب
وهو العوض المماثل من الاصحاب من يمضي العتق من الثلث فتبطل الهبة فيما لا يتسع له والتنبيه على هذا القول قال
والاقرب في الانعتاق في جميع الوصية بالصحة لعدم استلزامها الثواب المذكور والاصح عندي انه يمضي من
الاصل لانه مشتمل على دخول ملك وخروجه والدخول اذا لم يكن في مقابلته عوض لم يكن اعتبار الثلث واما الخروج

فهو لان الملك غير قابل للملك في الثاني ويتفرع على ما تقدم من المسائل انه لو اشترى المريض اباه وهو يساوي الفا
بخمسمائة والتركة ستمائة فعلى اختيار الشيخ يعتق نصف العبد وخمسه لان الثلث من التركة لان الخمس
مائة الزائدة على الثمن يرجع التابع وصح الشراء بثلث التركة من الثمن وهو مائتان في مقابلهما وعلى قول
المصنف من ان بطلان جزء من الثمن يستلزم بطلان ما يقابله من المثمن كنسبة الكل الى الكل يعتق البيع في خمسي
العبد خاصة فيبطل في ثلاثة اخماسه في مقابلة ما بطل من الثمن وهو ثلاثة اخماسه فيعتق من العبد خمساه لانه
فقد حصل مع الورثة المثلان التي بطل فيها الشراء من الثمن وما بقي من التركة وهكذا ضعفنا ما اخرجه من ماله
المطلب الثالث في الاحكام المتعلقة بالحساب وفيه بحثان الاول فيما خلا عن الاستثناء قال دام ظله
ولو اوصى لاجنبي بنصيب ولده احتمل البطلان والصحة على المثل اقول قال في المبسوط تبطل الوصية و
وقال بعض علمائنا تصح الوصية ويكون بمنزلة ما لو اوصى له بمثل نصيبه ووجه الاول ان صحتها موقوفة على
بطلانها لتوقف صحتها على ان يكون للابن نصيب ولا يكون له نصيب حتى تبطل هذه الوصية لان الابن لا يملك الا
بعد خروج الوصية لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين او بطلانها والاول غير صحيح لمنافاة صحة
الوصية نفس نصيبه ملكه بعد خروج الوصية والا لا عطى غير النصيب فكان تبديلا للوصية فلا تعلق
ملكه على خروجها فمنع الثاني ولانها بطلانها لازم لكل واحد من النقيضين فيكون واقعا دائما اما الاول
فللزوم لعدم ثبوت النصيب للولد لعدم حصول الموصى به اذ لا نصيب له ح واما الثاني فلعدم ترتب اثرها
عليها ح ووجه الثاني حمل اللفظ على مجازه للقرينة وهو انه وصية له بحصة ماله في الحقيقة فتصح
والاصح عندي البطلان وهو اختيار والدي المحقق لانه اوصى له بحق غيره فلا يصح واذا اوصى بحق الغير
لا يصح كما لو قال اوصيت لزيد بملك ولدي والجواب عن حجتهم ان اللفظ المطلق اذا كان حمله على الحقيقة
يقتضي البطلان لا يحمل على المجاز للصحة بل يحكم ببطلانه وهذا طريق اهل الشرع وهو فرق بين الوصية بكل
وبين هذا لان الوصية بالجميع لم تضف الى احد وهذا اضافه فان قالوا المراد هنا الاضافة التقديرية وهو
كثير في الاستعمال عرفا كما لو قال بعت حماري لما باع به زيد حماره قلنا لا حقيقة في الملك مجاز
فيما قلتم والاصل عدم الاشتراك والمجاز خير منه فعلى الصحة لا فرق بين ان يأتي بلفظ مثل وحذفها فقوله اوصيت
بنصيبه مثل اوصيت بمثل نصيبه واما فرق القائل بالبطلان قال دام ظله ولو اوصى بمثل نصيب
ابنه وكان قاتلا او كافرا بطلت على راي اقول هذا قول الشيخ في المبسوط لانه قد اوصى له بمثل

بصدد من الاشول وقيل يصح ويقدر لو لم يكن قائلا صيانة للكلام القائل عن الهدر به والحق واحماد م
والذي في المحلل وصوا فيه ان كان عارفا بانه فالملا لانه لا شي له لم يصح وان جهل احدهما صح قال **قاضي خان** ولو اوصى
له بمثل نصيب وارث معدوم اعطي ما لو كان موجودا اخذه فلو خلف ابنين واوصى بمثل نصيب ابن لو كان
فله الربع ولو كان له بنتان وله الخمس ويحتمل ان يكون له الثلث مع الابنين والربع مع الثلاثة **اقول** اتفق الكل
على صحة هذه الوصية سواء ذكر لفظة المثل او حذفها اذا عرف ذلك فنقول هنا مسئلتان **ا** ان
يذكر لفظ المثل فيعطى الموصى له ما لو كان الوارث المقدر موجودا اخذه فيرجح حمل الفاعل
الى الموصى له ضمير المفعول الى ما ياخذه الموصى له لو كان الوارث المقدر موجودا او يحتمل ان ياخذ
نفس نصيب الابن الذي اوصى له بمثل نصيبه ووجه الاول انه قدره موجودا اوصى له بمثل ما ياخذه
مع وجوده لا نفس النصيب لاستحالة كون الشي مثل نفسه لان المماثلة من النسب والاضافات
والوصية تقتضي ان يكون للابن لو كان موجودا نصيب وللموصى له نصيب ولئن يكون النصيبان متساويين
قدرا ووجه الثاني انه اقام الموصى له مقام الابن المقدر وذلك الابن المقدر لولا الوصية لكان له الثلث على تقدير
وجوده فلهذا الموصى له الثلث وانما كان له الربع فيما اذا كان له ثلاثة بنين للعول بسبب الازدحام فان الابن يستحق
الثلث والموصى له الثلث وصار ربعا وانما جاء العول من وجود ابن الثالث المستحق وامتناع ابطال احدهما
وهذا ليس بموجود في المعدوم وهو الابن المقدر والاصح عندي الاول **ب** ان يحذف لفظة المثل فيقول اعطوه
نصيب ابن ثالث لو كان موجودا فهنا يعطى في المثال الاول الثلث قطعا قال **قاضي خان** ولو اوصى بجزء
من حصة وارث معين خاصة فهنا احتمالات **ا** وحدة الوصية **ب** تعددها مرتبا مقدما للوارث الاخر **ج**
تقدم الاجنبي **د** عدم الترتيب فيخرج الثلث ويقسم الباقي على الورثة ويقسط الثلث على النسب المحتملة بحسب الوصية
فلو اوصى له بنصف حصة ابن وله اخوان اجاز الابن تقاسما النصف بالسوية وللاخ النصف والاقرب ثم حصة
على الاول والثاني وعلى الثالث يدفع الى الاجنبي الربع والى الاخ نصف السدس وعلى الرابع يحتمل هنا
التقسيط اجمالا لان وصية الاجنبي بالربع وهي ثلثة من اثني عشر ووصية الابن بتكملة النصف وهي سهمان و
التسوية لانما يحصل للاخ بعد الوصية يحصل مثله بالميراث للاخ فهما اذن وصيتان وهما متساويان ولو اوصى بالربع من حصة
الابن دون البنت فعلى الثلثة الاول كما تقدم وعلى الرابع يقسم الثلث من تسعة على ثمانية عشر من البنت
والموصى له فنضرب احد عشر مائة للاخر يبلغ مائة وسبعة عشر ويعطى الستة سهام من تسعة بالوصية للموصى له

سام

سهمين

فنضرب احد عشر مائة للاخر يبلغ مائة وسبعة عشر ويعطى الستة سهام من تسعة بالوصية والموصى له سهمين والفرق
بين الاجازة وعدمها زيادة حقها في الوصية ونقصه في الميراث او بالعكس ولو اوصى بمساواة الستة الابن
احتمل الوحدة فالوصية بالسدس والتعدد فالربع وتظهر الفائدة فيما لو اوصى لاخر بتكملة الثلث ولو اوصى
بنصف حصة الابن بعد الوصية دخلها الدور فللابن شي وللموصى له نصف شي وللستة نصفها فالوصية بتسعة
والشي اربعة **اقول** هنا مسائل الاولى اذا اوصى بجزء من حصة وارث معين خاصة كما اذا اوصى بنصف
حصة واحد معين من الابنين خاصة فهنا احتمالات **ا** وحدة الوصية لمنع الوصية بالميراث فيما صحت فيه
لتاخرها عنها للاية فعدم الوصية شرطا وجزء وقد لحق في احد الوارثين دون الاخر الا انها بالمطابقة على
اعطاء الموصى له ذلك المقدر ولم يتعرض لشي اخر زيادة عن ذلك وكانت وصية واحدة للاجنبي **ب** تعددها
اذ قوله اعطوه نصف نصيب ابني حصر الوصية للاجنبي في حصة احدهما وهو يدل بالالتزام على ان نصيب الاخر
لا يصل اليه بعض فيلزم يعطى نصيبه تاما والا لم يتحقق الحصر ولان التفاضل مع مقتضى التساوي انما هو بسبب غير
سبب التساوي وهو ملكية التفاضل ليس عدم الوصية اذ العدمي لا يكون علة في الوجودي ولان العدم لا يعلل و
لا يعلل به على قول بعض المتكلمين ولا يوجد البنوة من غير اعتبار الوصية وعدمها والا لكان الاخر كذلك فهذا
خلف فتعين ان يكون باعتبار الوصية فيكون من الوصية فقد اشتملت على وصيتين وصية للاجنبي ووصية للابن
الموفر وعلى هذا التقدير مع تعدد الوصية يحتمل وجوها ثلثة **ا** الترتيب بين الوصيتين مع تقدم الوارث لانه اوصى
له بان ياخذ نصيبه كملا ولا يزاحمه الموصى له اصلا وهو معنى التقديم **ب** الترتيب مع تقدم الاجنبي لدلالة اللفظ على
وصية الاجنبي بالمنطوق وللوارث بالالتزام والثاني تابع للاول ومتاخر عنه ولان الوصية للولد ملزومة للوصية
للاجنبي ومعلولة لها فيتاخر عنها **ج** عدم الترتيب بين الوصيتين لتساويهما في زمان واحد بلفظ من غير تقديم
ولا تاخير ولتعارض مرجحي تقديم كل منهما فيتساقطان ويرجع الى الاصل وهو عدم الترتيب اذا تقرر ذلك
فنقول اما ان يجيز الموصى نصيبه اولا فان كان الاول فلا بحث لانه في المثال المذكور ياخذ الموصى له الربع
والمزاحم الربع وللابن الموفر النصف فيصح من اربعة وان كان الثاني وهو انه لم يجز فعلى وحدة الوصية يدفع
المزاحم ثلث ما في يده وهو السدس الى الاجنبي وللموفر النصف وكذا على تعددها وتقديم الوارث الاخر
الموفر لانحصار وصية الاجنبي في نصيب المزاحم ونفوذها في ثلثه وهو السدس لا غير فللمزاحم ثلثا التركة
فللموفي مثله بالميراث وتكملة النصف له بالوصية وهو السدس ولانا نسمي وصية للموفي بتكملة ما يحصل

لم يا لميراث نصفا شيئا فيدفع اليه من ثلث التركة شيا سبعة اثلاثه الاشيا للاجنبي لانه تخص بالنقص وقلنا التركة بين الاخرين لكل ثلث بالميراث تعرفنا ان التكملة الموصى بها للموفى سدس فالفريضة حينيذ ستة للموصى له السدس واحد وهو الثلث نصف الموصى من نصيب المراحم واثنان للمراحم وللموفى ثلثه وعلى تعددها وتقديم الاجنبي يخرج ثلث التركة فيدفع منه الى الموصى له الاجنبي ربع التركة وللوارث الموفى تتمة الثلث وهو نصف سدس وتصح من اثني عشر للاجنبي ثلثه وللوارث الموفى سهم بوصية واربعة بميراثه فله خمسة وللمراحم اربعة وعلى تقدير تعدد الوصية وعدم تقديم احدهما يقسم الثلث على الوصيتين اعني وصية الاجنبي ووصية الوارث الموفى وفي كيفية قسم الوصية في هذه الصورة احتمالان ذكرهما المصنف وذكر وجهين احدهما قسمه اخماسا اذ الموصى له الاجنبي ووصية الوارث الموفى في ثلثه من اثني عشر وللابن الاخر الموفى وصية بتمام النصف بسهمان فان تكسر فاضرب خمسة في اثني عشر ومنها تصح فاذن ثبت تضرب ثلثه في خمسة سبلغ خمسة عشر الثلث يقسم اخماسا للاجنبي ثلثة اخماسه وللابن خمسا. وستة عشر بين الابنين فيحصل للابن الموفى سبعة وللموصى له الاجنبي ثلثه وللمراحم خمسة وثانيهما قسم الثلث بينهما بالسوية لما ذكره المصنف من ان وصية الاجنبي بالربع وللابن بالميراث الربع مع صحة الوصاة فلاحتمه كذلك تعذر بالموصى بوصيته والزايد له بالوصية وانما يقسط النقصان على نسبة تعدد كل الوصية ولان كلما اخذه الموصى له من نصيب المراحم للموفر مثله بالوصية قال المصنف وهذا الوجه احسن فيهم من سنه الثلث بين الموصى له الاجنبي وللابن الموفى بالسوية لكل سهم والثلثان بين الابنين بالسوية المسئلة الثانية اذا كان له ابن وبنت فاوصى بالربع من حصة الابن دون البنت ومعنى بالربح هنا ربع التركة فعلى الثلثة الاول الحكم ما تقدم وهو ظاهر فان على وحدة الوصية مع عدم الاجازة يدفع الابن الى الموصى له ثلث ما في يده ويخرج ثلث الثلث تسعه فاصل الفريضة تسعه للابن ستة ثلثهما اثنان للموصى له وللابن اربعة وللبنت ثلثة وعلى تعدد الوصية وتقديم الوارث يخرج الثلث يدفع الى البنت منه سهم من تسعة لان وصيتها بتمام الثلث ولها تسعه وللاجنبي تتمة الثلث سهمان ويقسم الباقي اثلاثا للابن ثلثاه. وللبنت ثلثه وعلى تعدد الوصية وتقديم الاجنبي يدفع الى الاجنبي والى البنت نصف السدس تتمة الثلث والباقي يقسم اثلاثا فاصل الفريضة ستة وثلثون سهما للاجنبي تسعة وللبنت احد عشر وللابن ستة عشر وعلى تعدد الوصية وعدم التقديم يقسم الثلث على نسبة الوصيتين وفيه احتمالان احدهما قسمه على ثلثة عشر اذ اصل الفريضة ثلثة يقسم الثلثان على ثلثة

سدسه ح

الربع ح

٢٢٥

مضروب ثلاثة في ثلاثة يخرج الثلث للموصى له بربع الاصل سهمان وربع ووصية البنت التفاوت بين التسعين والثلث وهو سهم مجموع الوصيتين ثلثة اسهم وربع فيه من جنس الكسر فيكون ثلثة عشر للموصى له تسعة اجزاء وللبنت اربعة فيضرب ثلثة عشر في تسعة تبلغ مائة وسبعة عشر فالثلث للوصيتين وهو تسعة وثلثون للاجنبي سبعة وعشرون وللبنت من وصيتها اثنى عشر يبقى ثمانية وسبعون للبنت الثلث منها ستة وعشرون يكمل لها ثمانية وثلثون الاحتمال الثاني ان يقسم الثلث بين الاجنبي والبنت اثلاثا لان وصية البنت سهم وهو التفاوت بين الثلث والتسعين والباقي بالميراث وهو سهمان من تسعة فيكون للابن ضعفه بالميراث اربعة اسهم يبقى وصية الاجنبي سهمان ويصنف منه وميراث للبنت ثلثة اسهم مع الاجازة وكذا مع عدمها لكن مع الاجازة يكون لها اربعة من اثنى عشر بالوصية والميراث وللابن خمسة وللموصى له ثلثة فللبنت سهمان ونصف بالميراث وسهم ونصف بالوصية ومع عدم الاجازة يزيد حقها بالوصية وينقص بالميراث ومع عدم الاجازة ينقص حقها بالوصية عن حال الاجازة ويزيد حقها بالميراث واستخرج والدي هاتين المسئلتين والحقهما بالقواعد ونحن على ساحل بحر القلزم في ثلثين عشر وسبعمائة في صحبة السلطان غياث الدين خدابنده محمد رحمه الله المسئلة الثالثة لو اوصى بمساواه البنت للابن في الميراث احتمل وحدة الوصية فانه منع الابن من السدس واعطاه البنت فهي وصية واحدة ويحتمل تعدد الوصية لانه كلما كان للابن سهم بالميراث كان للبنت نصفه فالزايد يكون لها وصية فاذا اوصى لها بتمام نصيبه بالسدس فقد اوصى لها بتمام نصيبها بنصف سدس والفايدة تظهر في شيئين احدهما زيادة حقها بالميراث ونقصانه في الوصية وبالعكس الثاني فيما اذا اوصى لاخر بتكملة الثلث فان قلنا بوحدة الوصية يكون له السدس وان قلنا بالتعدد يكون له النصف وهذه المسئلة وقعت في مازندران وسئل والدي المصنف عنها حيث وصلنا في خدمة السلطان غياث الدين خدابنده الى بلد جرجان سنة اثنى عشرة وسبعمائة ولو اوصى بضعف نصيب ابنه اعطى مثله مرتين وقيل مثل واحد ولو قال ضعفاه فيحتمل اربعة امثاله اقول قال الفراء ضعف الشيء مثلاه وهو قول كثير من اهل اللغة واكثر الفقهاء وقال صاحب الصحاح ضعف الشيء مثله وضعفاه مثلاه واضعافه ثلثه امثاله وذكر الخليل ان التضعيف ان يزاد على الشيء مثله فيجعل مثلين او اكثر وهنا مسئلتان ١ اذا اوصى بضعف نصيب ابنه قيل اعطى مثل نصيبه لقوله تعالى يا نساء النبي من يات منكن بفاحشة مبينة يضعف لها العذاب ضعفين اي مثلين لانه تعالى لا يجوز ان يعاقب على السيئة اكثر مما يجازى على الحسنة وقد قال تعالى ومن يقنت منكن لله ورسوله وتعمل صالحا

للابن خمسة وثلث وللبنت سهمان وثلثا سهم وللبنت بالوصية سهم وثلث للاجازة ح

قال دام ظله

مثله اثنالهم ح

يوما اجزما مرتين فعلم ان المراد في الآية الاولى بقوله ضعفين مثلان واذا كان الضعفان مثلين فالضعف مثل واحد
وبه قال ابو عبيد القسم بن سلام وقيل مثلان لقوله تعالى واذقناك ضعف الحيوة وضعف الممات وقال الله تعالى
فاولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا وقال تعالى وما آتيتم من زكوة تريدون وجه الله فاولئك هم المضعفون وقال تعالى
فآتت اكلها ضعفين قال عكرمة حملت في عام مرتين وقال الازهري الضعف المثل فما فوقه وقال
ابو عبيدة معمر بن المثنى ضعف الشيء مثله وضعفاه مثلاه وثلثة اضعافه اربعة امثاله وعلى هذا واعلم
ان الشيخ في المبسوط اختار ان الضعف مثلان واختاره شيخنا ابو القسم بن سعيد والمصنف منا وقال في
المبسوط وقال قوم الضعف مثل واحد وهكذا نقله والدي المصنف وابن سعيد ولم اجد قائله من
الاصحاب لكنه قول مالك فسوى بين الضعف والمثل ولا وجه عندي للاول لصحة نفي احدهما مع اثبات الآخر
والجواب عن احتجاجهم بوجهين الاول نقل عن بعض المفسرين انه جعل عذابهن اذا اتين بفاحشة ثلاثة
امثال عذاب غيرهن فلم يكن فيه دلالة الثاني اذا اوصى له بضعف نصيب ابنه للشيخ قولان قال في الخلاف
يكون له ثلثة امثاله لانه مجمع عليه ولا دليل على الزايد ولا اضافة الضعف الى النصيب والضعف الذي هو
مثلاه اذا اضفته الى نفسه يكون ثلثة امثاله ثم قوى في الخلاف انه اربعة امثاله لان الضعف هو المثل
فاذا ثنا وجب اربعة امثاله وهذا قوله في المبسوط والحق ما قاله اولا لان التضعيف ضم الشيء الى مثله
فاذا قال ضعفه فكانه ضم مثليه قال دام ظله ولو قال ضعفوا لفلان ضعف نصيبه [illegible] اربعة
امثاله وهكذا اذا قال اعطوه ضعف الضعف [illegible] امثاله اقول الوجهان [illegible] التقدير
فيه الثلاثة معلومة والزايد مشكوك ومال الغير [illegible] على الاحتياط [illegible] قال دام ظله
ولو قال لفلان فان قدم [illegible] قدم قبل موت الموصي فهو للقادم سواء عاد الى العدم او لا
لوجود شرط الانتقال اليه فلا ينتقل عنه بعده ولو مات الموصي قبل قدومه فهو للاول سواء قدم او لا
ويحتمل تخصيص القادم اقول القدوم لم يرد له من زمان فيحتمل ان يكون في زمان حيوة الموصي ويحتمل
زمان حيوة القادم ومنشاء الاحتمالين ان القدوم فعل القادم فلا يتعلق بغيره فلم يتعلق [illegible] ومن حيث
انه شرط لتصرفه فيحمل على ايام حيوته كغيره كما اذا قال ان دخل عبدي الدار فهو على عتقه ولم ينتقل
اليه بعد وفاته فلا ينتقل عنه لعدم سببه اذا تقرر ذلك فنقول اما ان يقدم في حيوة الموصي اولا
فان كان الاول استحق القادم قطعا لتحقق سبب الانتقال وهو الوصية وشرطه وهو القدوم وان قدم بعد

موت الموصي واما ان تكون العين باقية او تالفة فان كان الثاني فلا شيء للقادم وان كان الاول احتمل ان يكون للاول
على الاول لانه بممات الموصي وجد سبب ملك الموصى له الاول وهو الوصية والقبول فاذا ملكها الاول فلا ينتقل
عنه بوصية غيره لانه لم يعهد في الشرع في غير الوقف وعلى الثاني ينتقل الى القادم لتحقق شرط الانتقال فيه واستمرار
ملك الاول مشروط بعدم قدوم الغايب وقد انتفى الشرط فينتفي مشروطه ولو اضاف القدوم الى سنة معينة او حياة
احدهما او غيرهما فالحكم ظاهر قال دام ظله ولو اوصى له بثلث ولآخر بربع ولثالث بخمس ولرابع بمثل وصية
احدهم فله الخمس ولو قال فلان شريكهم فله خمس مال كل واحد ولو اوصى لاحدهم بماية ولآخر بدار ولآخر بعبد ثم قال
فلان شريكهم فله نصف ما لكل واحد لانه هنا مشارك كل واحد منهم منفردا والشركة تقتضي التسوية وفي الاول الجميع
مشتركون ولو قيل له الربع في الجميع كان وجها اقول وجه الاولوية انه جعله مشاركا لمجموع الثلاثة فجعلهم
واياه مجموعا واحدا ولفظه يدل عليه ولم يجعله شريك كل واحد واحد وانما فرق بين هذه المسألة والمسألة الاولى لان
في الاولى الشركة مع الكل من حيث هو كل لان الكل مشتركون في شيء واحد باجزاء مشاعة فانما يختلف حصصهم بالمقدار
واما في الثانية فكل واحد منفرد من كل وجه والشركة فيه تقتضي الشركة مع كل واحد واحد والشركة تقتضي التسوية
مع اطلاقها ومن ثم جزم في الاولى دون الثانية قال دام ظله ولو خلف ثلثة بنين واوصى لثالثة بمثل انصبائهم
فالمال على ستة ان اجازوا وان ردوا فمن تسعة ولو اجازوا الواحد وردوا على اثنين فللمردود عليهما التسعان ويحتمل
امرين في المجاز له ان يكون له السدس الذي كان له حال اجازة الجميع فياخذ السدس والتسعين من مخرجهما وهو ثمانية عشر
ويبقى احد عشر لا ينقسم فيضرب عدد البنين في ثمانية عشر وان يضم المجاز له الى البنين ويقسم الباقي بعد التسعين عليهما
فيضرب اربعة في تسعة فان اجازوا بعد فلكل للآخرين نحو الكل واحد تمام السدس فيصير المال بينهم اسداسا على
الاول وعلى الثاني يضمون ما حصل لهم وهو واحد وعشرون من ستة وثلثين الى ما حصل له وهو ثمانية ويقسمون على خمسة فلم ينكسر
فيضرب خمسة في ستة وثلثين تبلغ ماية وثمانين اقول اما المردود عليهما فلهما عند رد الكل وهو التسعان ولا
خلاف فيه واما المجاز له ففيه احتمالان الاول ان له السدس لان وصيته تقتضي انه واحد من ستة وقد اجاز الورثة ذلك
الثاني ان يضم المجاز له الى البنين الثلثة كما ذكر المصنف لانه جعل كل واحد منهم ينقص للاجازة ويزيد للرد فيصيرون
متساوين فيخرج التسعان للمردود عليهما ويقسم الباقي بينه وبين الاولاد والتحقيق ان هذه المسألة مبني على الفرق
بين المجموع من حيث هو مجموع وبين كل واحد واحد وهو ظاهر فنقول منشاء الاحتمالين ان هذه وصية
للمجموع من حيث هو مجموع او وصية لكل واحد واحد مثل ما لكل واحد واحد من الاولاد يحتمل الاول لانه اتى بلفظ
المجموع

في الوصية او بلفظ الافراد العارض للمجموع لا لكل واحد فقد نزلهم منزلتهم ولهم الكل والمبلغ اذا عاد عليه كان الزائد مثل المزيد عليه
فالوصية انما هي النصف فلكل واحد السدس ووجه الثاني انه فرضهم اولادا فيتساوى المجاز له مع الاولاد فينقسم الباقي
عليه وعلى الاولاد على اربعة ويظهر الفائدة في امرين ا زيادة النصيب فانه على الاحتمال الاول ياخذ المجاز له ستة وثلثين
وعلى الثاني سبعة لان المردود عليهما تسعين ثمانية يبقى ثمانية وعشرون للمجاز له ربعها ب لو اجازوا بعد ذلك للاثنين
الباقيين فعلى الاول يكون لكل واحد السدس فيصير المال اسداسا لكل واحد منهم ستة من ستة وثلاثين وعلى الثاني
يقسمون ما حصل لهما ويقسمونه بالسوية فيضرب خمسة في ستة وثلثين تبلغ مائة وثمانين ومنها تصح وانما لم يتساوى
الموصى لهم مع اقتضاء الوصية التسوية لانهم لما ردوا على الاثنين بطلت الوصية لهما بالزائد فاذا اجازوا كانت هبة
متجددة لهما لا مقتضى الوصية وان اجاز واحد للكل فللمجاز السدس ثلثه من ثمانية عشر وللآخرين اربعة اتساع
ثمانية وهي ستة عشر للموصى لهم تنقسم على ثلثة تضرب ثلثة في ثمانية عشر تبلغ اربعة وخمسين وان اجاز واحد لواحد دفع
اليه ثلث ما في يده من الفضل على حال الاجازة وهو ثلث سهم من ثمانية عشر فاضربها ثلثة يكن اربعة وخمسين
ومنها تصح قال دام ظله ولو اوصى بجزء مقدر وللآخر بمثل نصيب وارث احتمل اعطاء الجزء لصاحبه وقسمة
الباقي بين ورثته والموصى له واعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث كان لا وصية عدما فلو اوصى له بثلث ماله و
لآخر بمثل نصيب احد بنيه وهم ثلاثة فعلى الاول للموصى له بالثلث الثلث والباقي يقسم ارباعا وتصح من ستة
فان ردوا بطلت وصية الثاني وعلى الثاني للاول الثلث وللآخر الربع مع الاجازة وتصح من ستة وثلاثين ولو
زاد الجزء على الثلث احتمل وجها ثالثا وهو ان يجعل لصاحب النصيب نصيبه من الثلثين وهو الربع لان الثلثين حق
الورثة لا يوجد منهما شيء الا باجازتهم فصاحب النصيب كواحد منهم ينقص الموصى لا ينقص من السدس شيئا الا برضاه
اقول وجه الاول انه اوصى بمثل النصيب وهو ما يحصل بعد الوصايا ولان مثل النصيب اما مع النصيب او بعده وهو
بعد الوصية بالجزء واما مع البعد او بعده بعد ولانه جعل لواحد منهم وساوى نصيبه فلا يكون له ازيد منه ولا انقص
ووجه الثاني ان النصيب لا اصل بالحقيقة ولانه لو كان المراد النصيب الذي بعد اخراج الجزء لكان اذا اراد الموصى له
بالجزء احد الموصى له بمثل نصيبه نصيبه بعد اخراج الجزء فلانه جعله رابع اربعة ولم يقل انه بعد الوصية الاولى وهو
ضعيف لانه ساواه باحدهم وكل واحد متاخر عن الجزء ومساوي المتاخر متاخر ولا اصح لا اولا ووجه
الثالث ما ذكره المصنف فانه على انه مثل احدهم وقوله وان ردوا بطلت وصية الثاني هذا انما ياتي على
الترتيب اما مع التسوية فيقسم الثلث بين الوصيين على ما كان لهما حال الاجازة فعلى المثال المذكور وهو ما لو اوصى بجزء

٢٢٧

على البطن يقسم الثلث بين الوصيين على ثلثة والثلثان على البنين على ثلثة ويصح من تسعة وعلى الثاني يقسم الثلث
بينهما على سبعة والثلثان على الورثة على ثلثة ويصح من ثلثة وستين سهما وفي المثال الثاني وهو ما اذا زاد
الجزء على كان يوصى بالنصف اذا رد الورثة ولم يقصد التقدم فعلى الاول يقسم الثلث على الموصى لهما على خمسة
والثلثان على الورثة على ثلثة ويصح من خمسة واربعين وعلى الاحتمال الثاني يقسم الثلث بين الموصى لهما على ثلثة
والثلثان على الاولاد على ثلثة ويصح من تسعة وعلى الثالث يقسم الثلث بين الموصى لهما على اربعة والثلثان
على الاولاد على ثلثة ويصح من ستة وثلثين قال دام ظله ولو اوصى لرجل بمثل نصيب وارث ولآخر
بجزء مما تبقى من المال احتمل ان يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث اذا لم يكن له وصية اخرى وان يعطى مثل
نصيبه من بقية المال وان يعطى مثل نصيبه بعد اخذ صاحب الجزء نصيبه ويدخلها الدور اقول وجه الاول
انه جعل قبله لمحال وجود الاولى الثانية كالمعدومة ووجه الثاني انه جعل له مثل نصيب الابن وهو تملك من الثلثين
بالنسبة كما ينقص من نصيبه من الثلثين فهو باختياره واخراجه فيكون الموصى له كذلك والا لم يحصل المماثلة ووجه
الثالث انه اوصى بمثل نصيبه وهو الحاصل بعد جميع الوصايا لان الميراث بعد الوصية لقوله تعالى من بعد وصية
يوصى بها او دين فقد ساوى بينهما وبين الدين في جعل الميراث بعدهما وقد علقهما بالنائبة وجعلهما معها واعلم
ان الدور الذي اورده المصنف وغيره من المحققين ليس من الدور المحال بل دور معية وذلك لان نصيب الوارث
ونصيب الموصى له متلازمان في المعرفة والجهالة كالمتضايفين فاذا نظر الذهن اليهما خاصة عرف انه يلزم من
تعريف احدهما مصاحبة الدور فان العلم بكمية النصيب يتوقف على معرفة الوصية الثانية ولا يعلم الا مع العلم
بالنصيب فلا بد من ايراد مثال يعرفهما وقد ذكره المصنف وهو طريق التخلص من الدور قال دام ظله
ولو اوصى لواحد بالنصف ولآخر بالربع وقال لم تقدموا احدهما على الآخر فالاقوى عندي مع عدم الاجازة
بسط الثلث على الجزئين فالفريضة من تسعة اقول اذا اوصى باجزاء له من المال فان لم يزد على الثلث
اخذها من مخرجها وقسم الباقي على الورثة وان زاد على الثلث وقال لم تقدموا احدهما على الآخر
اي في الصحة اي لا تصحح واحدة وتبطلوا الاخرى فان اجازت الورثة فالطريق ما تقدم وان لم يجيزوا فيقسم
الثلث وفي كيفيته وجهان ا ما جعله المصنف اقوى وهو لا يصح عندي لنصه على عدم التقدم فيتساويان
فيقسم الثلث على نسبة الوصيتين فيقسم اثلاثا فيكون الفريضة تسعة ب يحتمل ان لا يقال صاحب النصف
يدعي الثلث كله وصاحب الربع يدعي الربع فيخلص لصاحب النصف نصف سدس ويبقى الربع فلهما
بل عبه

لا احتمال تم

فيقسم بينهما نصفين وسيأتي احتمالات الدعاوى فيه عن | قال الشيخ في الخلاف اذا اوصى بجميع ماله لواحد ولآخر بثلث
ماله واجاز الورثة اخذ الاول جميع المال وبطل الاخير لعدم محل وصيته وقال والذي اذا نص الاول الموصى
على عدم الرجوع عن الاولى وقصد العول فللاول ثلاثة ارباع وللثاني ربع لان الثلث المراد على الكل نسبته الى
المجموع من الكل والثلث ربع ف قال الشيخ في الخلاف ولو بدأ بصاحب الثلث كان له ولصاحب الكل الثلثان
مع اجازة الورثة وعندنا لو نص على عدم الرجوع والعول كان للاول الربع ايضا ولو ردوا فسلم الثلث على نسبة
الاجازة قال دام ظله ولو اوصى لواحد بنصف ماله ولآخر بثلثه ولآخر بربعه على سبيل العول من غير تقديم ولا رجوع
فقد بينا ان الوجه عندنا الصحة مع اجازة الورثة فيحتمل حينئذ قسمة المال على ثلاثة عشر سهما للموصى له بالنصف ستة
وبالثلث اربعة وبالربع ثلاثة الى آخره اقول وجه الاحتمال الاول نفوذ الوصية بكل المال على تقدير الاجازة لان
مثل المسألة تفريع على نفوذ ما مع الاجازة وسوى التفاضل بينهم لتصريح الموصي فيقسم على قدر انصبائهم كالشركاء وقد ل
النقص بسهم العول للضرورة على الكل والا لزم الترجيح من غير مرجح ولان العمل بالوصايا واجب والابن المذكور فان قسمة
على غير الانصباء تغيير للوصية ولانه لو اوصى باعداد مختلفة ينقص المركب عن الكل لقسم بينهم على قدر الوصايا كما
لو اوصى لواحد بمائة ومن تركته ثلاثمائة ولآخر بمائة وخمسين ولآخر بخمسة وسبعين درهما مع عدم الرجوع والمنع من
التقديم وقصد العول يقسم على هذه النسبة فكذا ههنا ومع الرد يقسم الثلث على نسبة الكل مع الاجازة لان الموصي
قصد تفضيل بعضهم على بعض على نسبة الانصباء في كل جزء من ماله ولعدم اختلاف القسمة بين الشركاء بانصباء
مختلفة على نسبة انصبائهم حالة كمال المال ونقصانه ويحتمل حمله على الدعاوى وهو ان يختص الاكثر نصيبا بما يفضل
منه عن الانقص لانقضاء الوصية ذلك ونقسم بينهم بالسوية فذو النصف يفضل ذا الثلث بسهمين من اثني عشر
فيختص بهما ويفضل كل منهما على صاحب الربع بسهم واحد لان صاحب النصف يدعى ما بقى له وهو اربعة وصاحب الثلث
يدعى اربعة ايضا وصاحب الربع يدعى ثلثه فاخذه كل واحد منهما لان في المال سعة ويبقى ثمانية يقسم بين الثلاثة
فلصاحب النصف خمسة وثلثان ولصاحب الثلث ثلاثة اسهم وثلثان ولصاحب الربع سهمان وثلثان ومع الرد يقسم
الثلث على هذه النسبة قال دام ظله لو اوصى له بنصيب احد ولديه ولآخر بنصف الباقي واجازا فالفريضة
من خمسة لان للاول نصيبا يبقى مال الا نصيبا للثاني نصفه يبقى نصف مال الا نصف يعدل نصيبين فاذا جبر
وعادل يبقى نصف مال يعدل نصيبين ونصفا فالمال يعدل خمسة للاول سهم يبقى اربعة للثاني نصفها ولكل ابن
سهم ولو لم يجيزا بطلت الثانية وكان المال اثلاثا ولو اجاز احدهما احتمل ضرب ثلاثة في خمسة فللمجيز الخمس ولآخر

الثلث

الثلث يبقى سبعة للاول اربعة لانه مع الاجازة يأخذ ثلثه ومع عدمها خمسه فاذا اجاز احدهما
نقص منه بالنسبة وللثاني ثلثه ويحتمل ان يكون للاول مثل نصيب المجيز لانه اقل الورثة سهما فما
فيبقى من خمسة لان للثاني نصف نصيب المجيز وللاول مثل نصفه ايضا وللآخر نصيب كامل
فالمال يعدل نصيبين ونصفا فللمجيز واحد من خمسة ولكل من الموصى لهما واحد وللآخر اثنان
ويضعف باخذه اكثر من الثلث ويحتمل من ستة لتجدد النقص بعد الحوالة فلم يكن مراد الموصي
فيكون للاول سهمان ولغير المجيز سهمان وسهم للثاني والجزء الاول لكن لكل من المجيز الاول
ثلثه ولغير المجيز خمسة وللثاني الرابعة اقول ان احتمال الاول مجموع اسباب ا ان يكون للمجيز ماله
حال اجازة الكل ولغير المجيز ماله حالة رد الكل لان الاجازة انما تؤثر في نصيب المجيز له في عدم اصلا فيؤخذ من حصة
في حق المجيز يستقص نصيبه معزوية في غيره ولا ينقص من نصيبه لولا ما شئ ب ان ينقص الموصى له عن نصيب غير
المجيز باجازة احدهما نصف ما لو منعا الزائد في نصيبه عما لو اجازا لان فعل كل واحد انما يؤثر فيما لو لم يكن الوصية
لكان له ولا يؤثر فيما يكون لغيره فرد كل واحد علة في حصول نصف الزيادة له ولا عبرة بعدم العلة اما عند
عدم معلولها لا غيرها ج الموصى له الثاني مؤخر عن الاول والمنع في عدم الاجازة علة خاصة وهو ظاهر
لانه اوصى له بنصف الباقي بعد الاول وهو تصريح في تقديم الاول ويأخذ الثاني د ان الموصى له الثاني انما يأخذ
ما ينقص كل واحد والموصى له بالنصيب ومع الاجازة لا غير فيكون للمجيز ثلثه لانما حال اجازة الكل ولا باحد حقي من
مسئلة الاجازة مضروبا في مسئلة الرد ومسئلة الاجازة خمسة والرد ثلاثة وسهم المجيز من خمسة واحد ومضروب الواحد
في ثلاثة ثلاثة ولغير المجيز خمسة لانما نصيبه حال رد الكل ولانه يأخذ نصيبه من مسئلة الرد ومن ثلاثة واحد ونصيبه واحد
مضروبا في مسئلة الاجازة وهي خمسة ومضروب الواحد في خمسة خمسة وللموصى له الاول اربعة لان له مع عدم
الاجازة خمسة فاجازتهما ينقصه اسهم ومع اجازة احدهما ينقص واحد الثلث والمصنف دام ظله منع الثاني لان
الزيادة التي حصلت له عنهما وانما حصلت بمساواته لكل منهما فالمؤثر فيهما المجموع ولم يؤثر كل واحد في نصفها بانفراده
بل مع انضمامه مع الآخر وعدم المجموع يحصل بعدمها بجزء فيأخذ مثل نصيب المجيز لعدم العلة الموجبة لعدم
المعلول وايضا فلانه اقلهم سهما والموصى له بمثل النصيب مع التفاوت يعطى مثل الاقل ولانه ليس له مثل
نصيب الزائد فلو لم يكن مثل نصيب المجيز لم يكن قد عمل بالوصية فلاجل ذلك منع المصنف الثاني وسلم
الثالث والحق ما اختاره المصنف وسوى احتمال الاول في ان الموصى له بمثل النصيب له مثل المجيز لانه اقل نصيبا

نصيبه م

ولغير المجيز الثلث وللثالث ما نقص من المجيز ومن الموصى له بالنصيب فقد اشترك الاحتمال الاول وما اختاره المصنف في ا وب وج ود وتمايز في ب وبقوله والحق الاول اشار الى جهة اشتراكهما وبقوله لكن الى اخره اشار الى جهة ما بينهما وباقي وجوه الاحتمالات ذكرها المصنف وابطل الاحتمال الثاني بان غير المجيز ياخذ اكثر من الثلث وهو باطل لانه مع عدم الاجازة ياخذ الثلث ولا اجازة بنقص الوارث بزيادة وجودها عن عدمها اجماعا قال دام ظله ولو اوصى له بنصيب احد اولاده وهم ثلثة ولاخر بثلث ما يبقى من جميع المال فطريقه ان تقدر المال ثلثة ونصيبا مجهولا والنصيب المجهول للموصى له بالنصيب وسهم للموصى له بالثلث يبقى سهمان لا ينقسمان على ثلثة فتضرب ثلثه في ثلثة تصير تسعة ونصيبا مجهولا فالنصيب للموصى له بالنصيب تسعة للموصى له بالثلث ولكل ابن سهمان فظهر ان النصيب المجهول سهمان والمسئلة من احدى عشر سهمان للموصى له بالنصيب وثلثة للموصى له بالثلث ولكل ابن سهمان او نقول ندفع الى الموصى له الاول نصيبا يبقى مال الا نصيبا ندفع ثلثه الى الثاني وسوله ما الا ثلث نصيب يبقى ثلثا مال الا ثلثي نصيب يعدل ثلثة انصباء الورثة فاذا جبرت وقابلت بقي ثلثا مال يعدل ثلثة انصباء وثلثي نصيب فاذا كملت المال بقي مال يعدل خمسة انصباء ونصفا فاذا بسطت من جنس الكسر يبقى المال احد عشر والنصيب اثنين هذا مع اجازة الورثة اما لو لم تجز الورثة فالفريضة من تسعة لكل ابن سهمان وللموصى له بالنصيب سهمان وللاخر سهم لانا ندفع الى الاول نصيبا والى الثاني تمام الثلث يبقى ثلثا مال يعدل ثلثة انصباء فالثلث نصيب ونصف فالمال بعد البسط تسعة والنصيب سهمان ولو اجاز احدهم ضربت على الاحتمال الاول تسعة في احد عشر ثم ثلثه في المجتمع يصير مائتين وسبعة وتسعين للاول اثنان وستون وللثاني تسعة واربعون وللمجيز اربعة وخمسون ولكل من الاخرين ستة وستون وعلى الثاني من احد عشر لانا نجعل المال تسعة ونصيبا وياخذ الثاني من نصيب المجيز سهما يبقى اثنان فالنصيب اثنان ويضعف بما تقدم وعلى الثالث للاول تسعة من ستة وثلاثين وللثاني تمام الثلث ثلثة ومن المجيز سهمان وله ستة ولكل من الاخرين ثمانية ويحمل عليه ان يكون للاول اثنان وعشرون وعلى المختار للاول من الثلث ثمانية عشر وباقيه واربعة من المجيز للثاني وللمجيز ثمانية عشر ولكل من الباقيين اثنان وعشرون اقول بنى المصنف هذه المسئلة على المسئلة السابقة واحتمالاتها وهي انه اذا اوصى له بنصيب احد ولديه ولاخر بنصف الباقي واجاز احدهما والاحتمال الاول ضابطه ان ننظر ما للموصى له بالنصيب حالة الرد وما يستحقه حالة اجازة الكل فينقص منه بنسبة اجازة المجيز وانما ضرب تسعة في احد عشر لان التسعة مسئلة الرد والاحد عشر مسئلة الاجازة والقاعدة الكلية في اجازة البعض ذلك وانما ضرب ثلثه في المجتمع لان اجازة الواحد بعض صاحب النصيب ثلث ما ينقصه اجازة الكل ولهذا حال رد الكل

من تسعة

من تسعة وتسعين اثنان وعشرون لان له سهمين من تسعة مضروبة في احد عشر وله باجازة الكل سهمان من احد عشر مضروبة في تسعة يكون ثمانية عشر فالتفاوت بينهما اربعة ينقص باجازة الكل فينقص باجازة واحد ثلثها فتكسر فيضرب ثلثه في تسعة وتسعين يبلغ مائتين وسبعة وتسعين للموصى له بالنصيب اثنان وستون لان له باجازة الكل ستة وستون مضروب ثلثه في اثنين وعشرين فاجازة الكل تقتضيه اربعة عشر فاجازة الواحد ينقص ثلثها اربعة وللثاني تسعة واربعون لان لكل واحد من الرادين ستة وستين هي ثلث الثلثين وللمجيز اربعة وخمسين نقص منه اثنا عشر يرد على الثلث وهو تسعة وتسعون يبلغ واحد عشر منها للمجيز اثنان وستون كما ذكرنا يبقى تسعة واربعون للثاني ولان للثاني حال رد الكل سهما من تسعة وتسعين وهو واحد عشر مضروبة في ثلثه يبلغ ثلثه وثلثين وله حال اجازة الكل ثلثه من احد عشر من تسعة وتسعين وهو سبعة وعشرون مضروبة في ثلثه يبلغ احدا وثمانين فقد زادته اجازة الكل ثمانية واربعين فاجازة الواحد يزيده ثلثها وهو ستة عشر تضمها الى ثلثه وثلثين الحاصلة برد الكل يبلغ تسعة واربعين وهو المطلوب فظهر من ذلك انا اعطينا المجيز نصيبه من مسئلة الاجازة مضروبا في مسئلة الرد واعطينا الراد نصيبه من مسئلة الرد مضروبا في مسئلة الاجازة وهذا الاحتمال مبني على ان الاجازة في نقصان النصيب الموصى به بنسبة نصيب المجيز وعلى الاحتمال الثاني وهو ان يكون لصاحب النصيب مثل نصيب المجيز بعد الوصايا كلها فيدخلها الدور فنفرض التركة نصيبا مجهولا وتسعة اسهم لان الباقي بعد النصيب للاولاد اثلاثا وثلث نصيب المجيز للموصى له الباقي ونخرج منه الثلث تسعة للموصى له بالنصيب النصيب المجهول ولكل ابن ثلثه واحد من نصيب المجيز للثاني يبقى للمجيز سهمان فعرفنا ان النصيب المجهول سهمان فالمال كله احد عشر وهذا الاحتمال ضعيف لزيادة الوصيتين على الثلث فيرد الكل الى الثلث واجازة احد الورثة يزيدهما على الثلث لا ينقصهما عنه وهنا قد حصل لهما ثلثة من احد عشر وهي اقل من الثلث بثلثي سهم وللورثة ثمانية وهي اكثر من الثلثين بثلثي سهم فقد زاد بهم اجازة بعضهم عن الثلثين وهذا باطل والى هذا اشار بقوله ويضعف بما تقدم وهذا الاحتمال مبني على تاثير الاجازة وان يقوم اجازة كل واحد بانفراده مقام اجازة الكل وعلى الاحتمال الثالث وهو ان يكون للموصى له مثل نصيب غير المجيز وحصر ان يكون له مثل النصيب مع عدم الوصية وهو ثلث مراد على الكل فيكون دفعا لانه جعله مساويا لواحد من اولاده في النصيب والمساواة بعض ان لا يسعر غير ربع التركة اذا كانوا ثلثه الا ما ينقص الولد وانما ينقص الولد حق لازم على الميت كدين مثلا او يلزم الوارث بعين امر لا يجوز له ابطاله بسبب صادر من الميت

كوصيه يخرج كلها او بعضها من الثلث او مجيز يشرح به عندنا كذلك واما عند من يجبر مجيز التبرعات من الاصل فان يخرج
موضوع عن التركة والبحث هنا انما هو في التركة او ما يصدر عن الوارث باختياره بعد الوفاة اذ لا اعتبار برده ولا
اجازته ولا تصرفه قبلها وما نقص بالثالث ابو نزيه نقصان النصيب كانه يخرج بعد الوفاة من فعل الوارث واختياره
فلا يكون مراد الموصي كما ذكرنا فانحصر سبب النقصان اللازم كالوارث في الا ولين والاول مستثنى فبقي الثاني ولا وصية
الا له والثاني ووصية لا ينقص عن النصيب الا ما ينقص العول والثانية لا ينقص النصيب الموصى به لان وصية النصيب
مقدمة عليها ومعنى التقدم ان المتقدمة تعذر بالتمام والنقص الحاصل يختص بالمتاخرة فلا يعارضها المتاخرة فالنصيب
الربع فيخرج الثلث للوصايا للاول منه ربع التركة والباقي للموصى له الثاني فاصل الفريضة اثنا عشر لان لها ربعا وثلثا
للموصى له بالنصيب الربع وهو ثلثه وللثاني تمام الثلث وهو واحد بقي ثمانية تقسم بين الاولاد الثلثة تنكسر فيضرب ثلثه في اثني
عشر يبلغ ستة وثلاثين الثلث اثني عشر للاول منه تسعة وللثاني ثلثة تمام الثلث بقي اربعة وعشرون لكل ابن ثلثها
ثمانية وللثالث ايضا من نصيب المجيز سهمان لانه اوصى له بثلث الباقي بعد الوصية الاولى فاذا اخرجنا تسعة وصية الاول
من ستة وثلثين بقي سبعة وعشرون للثاني ثلثها وهو تسعة احد منها من الثلث ثلثة بقي له ستة في يد كل ابن اثنان
فسقط اجازة المجيز فيها لا يمانه به ولانه لو اجاز الكل لكان له تسعة ولكل ابن ستة فلما اجاز واحد نفذت اجازته
في سهمين فللثالث خمسة وللمجيز ستة ولكل من الرادين لا حرين ثمانية وهذا عندي ضعيف لان النقص الحاصل
للاجازة انما هو من فعل الموصي لانه قصد انفاذ الوصيتين معا على التمام والشرع حجر عليه بمعنى توقف لزوم
فعله على اجازة الحتم فاجازتهم تنفيذ لتصرفه وهو مراد للموصي وهذا الاحتمال مبني على تاثير الاجازة وعدم تاثير
ما ينقص الثلث في الوصية الثانية ب ان يكون له مثل نصيب غير المجيز بعد الثلث لان نقص المجيز باخراج الثلث
في الوصايا بغير اختياره بل هو لازم له وهو من فعل الموصي والزام الشارع فلا تاثير للمجيز وانما تاثيره فيما زاد
على الثلث فنقول نضرب مسئلة الاجازة في مسئلة الرد يبلغ تسعة وتسعين فللاول سهمان من تسعة في مسئلة
الرد مضروبين في احد عشر مسئلة الاجازة فله اثنان وعشرون وكذا الكل واحد من الرادين يبقى خمسة عشر
للثالث فقد احر الموصي له الاول مثل نصيب غير المجيز من الثلثين معا واخذ الثالث تمام الثلث احد عشر ومن نصيب
المجيز اربعة وذلك خمسة عشر هذا الاحتمال مبني على عدم تاثير الاجازة وتاثير نقصان الثلث وعلى الاحتمال
الرابع وهو المختار عند المصنف يخرج الثلث للوصايا للاول منه مثل نصيب المجيز ولانه اقل انصباء الورثة وهو
مضروب سهمين من احد عشر في تسعة يبلغ ثمانية عشر يبقى من الثلث خمسة عشر للثاني الثلث لان الثلث للوصيتين

وقد اخذ الاول واحدة منه فالباقي للثالث وللثاني ايضا ما نقص من نصيب المجيز باجازته وهو اربعة فيكمل له تسعة
عشر وهذا الاحتمال مبني على تاثير اجازة الواحد كتاثير اجازة الكل واختصاص الثالث بما نقص من نصيب الاول
باجازة الكل قال دام ظله ولو قال ان لم تجز الورثة فلا تقديم لاحدهما فالوجه عندي الجواز ويحصل العول
ويقسم على تسعة للاجازة فيجعل المال ثلثة اسهم الثلث للموصي لهما لا ينقسم على خمسة وسهمان للورثة لا ينقسم
على ثلثة فنضرب ثلثه في خمسة ثم ثلثة في المجتمع تصير خمسة واربعين سهما للموصى له بالنصيب وتسعة للاخر والباقي
للاولاد لكل ابن عشرة اقول وجه الجواز اصالة الصحة ولانها وصية صدرت من بالغ عاقل بامر ممكن
لا يخالف الكتاب والسنة فيصح العمل بها ما لم يتجاوز الثلث لقوله تعالى فمن بدله الآية وقيل لا يجوز لانه قال
ثلث ما يبقى بعد النصيب نص على التقديم فاذا قال لا تقديم كان تناقضا وليس بجيد لاختلاف الشرط ولا ترجيح لاحدهما
فيقسم الثلث على قدر ماليهما حال الاجازة وهو خمسة ولان الثلث مع عدم الاجازة وهو مجموع الوصيتين لانه قدر المال
الذي ينصرف فيه الميت شرعا فكانه كل ماله المطلوب للاول سهمان وللثالث ثلثه فيشطر ما لا ثلثة ينقسم على
خمسة وثلثاه على ثلثة فتضرب ثلثه في خمسة يبلغ خمسة عشر وتضرب ذلك في ثلثة يبلغ خمسة واربعين الثلث للوصايا
على خمسة للاول سهمان هي ستة وللثالث ثلثة من تسعة والباقي للاولاد لكل واحد عشرة ويرد عليه ان الموصى له
مسئلة النصيب لم يحصل له مثل نصيب الولد لا اصلي ولا الحاصل بل مثله على تقدير لم يحصل وهو تقدير الاجازة
وهذا من تمسكات القائلين بالبطلان وفيه نظر لانه لا يلزم من عدم حصول ما اوصى له بتمامه بطلان الوصية لعارض
قال دام ظله ج لو اوصت لاجنبي بمثل نصيب ابنها الا مثل المال ولاخر بمثل نصيب بنتها الا عشر المال
وللثالث بتمام الثلث ولا وارث سواهما مع الزوج الفريضة اربعة نعول ثلثي المال فهو ستة ثم نضرب في مخرج
الثمن فيهما يبلغ اربعة وعشرين ثم نضرب وفق العشرة وهو خمسة يبلغ مائة وعشرين للابن من الثلثين اربعون
وللزوج عشرون وكذا للبنت وللموصى له الاول اربعون فيرد منها خمسة عشر وللثالث عشرون ويسترجع
منها اثني عشر لانه استثنى من وصيته عشر المال وهو اثنا عشر والذي بقي من الثلث بعد الاول خمسة عشر فلم يبق
مثل نصيب البنت بل اقل فيخرج المستثنى من الباقي اقول وجه القوة ان الموصي جعل للثاني مثل نصيب البنت
الا عشر المال وعشره اثنا عشر ونصيب البنت عشرون فاذا دفعنا اليها ثمانية علمنا بقول الموصي لان الثمانية مثل
العشرين الا عشر المال اما اذا اعطيناه ثلثة فقد خالفنا
الوصية وبدلناها وهو غير جائز لقوله تعالى فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه

بقي من الثلث سبعة هي للثالث ... للثاني ... للثالث ... عشر

الفصل الثالث في تصرفات المريض وهي قسمان منجزة ومعلقة بالموت

قال دام ظله واما المنجز للمريض فان كانت تبرعا فالاقرب انها من الثلث ان مات في مرضه وان برئ لزمت اجماعا اقول اختلف الفقهاء
في تصرفات المريض المنجزة المتبرع بها اعني بلا عوض غير الاقرار فقال بعضهم انها من الثلث كالمعلقة بالموت
وهو اختيار والدي المصنف والشيخ في المبسوط والصدوق وابن الجنيد ومفهوم قول الشيخ في النهاية
والخلاف وقال المفيد في المقنعة والشيخ في النهاية وابن البراج وابن ادريس انها من الاصل والاول
هو الاصح عندي لوجوه أ ما رواه علي بن يقطين في الصحيح قال سألت ابا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله
عند موته قال الثلث والثلث كثير وما في الجارة والاستفهام للعموم على ما قرر في الاصول فما زاد
على الثلث ليس له ويكون تصرفا في غير ملكه فلا يصح لا يقال [illegible] سلمنا لكن لا يصح للاجماع على انه
ملكه فلا بد من المجاز وزيادة الاضمار على خلاف الاصل لانا نقول اقرب المجازات القدرة على التصرف
والتمكن منه فيحمل عليه ب ما رواه شعيب بن يعقوب في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل
يموت ماله من ماله فقال له ثلث ماله والمراة ايضا وجه الاستدلال ان السوال وقع عن الملك الذي يجد
له فيه ساير التصرفات والتبرعات لان مطلق الملك ليس بممنوع بالاجماع ولا جواز التصرف في الواجب في
التبرع وموضع الوصايا وغيرها ج لو كانت من الاصل لتقدم العتق المتبرع به على الدين والتالي باطل
فالمقدم مثله بيان الملازمة ان المرض لا يصلح للمانعية حينئذ فيبقى حكم الصحة لاصالة البقاء واما بطلان
التالي فلما رواه زرارة في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال اذا ترك الدين ومثله اعتق المملوك واستسعى د
كلما اعتبر العتق المتبرع به في المرض الثلث اعتبر في كل منجز متبرع به الثلث لكن المقدم حق فالتالي مثله
بيان الملازمة فلان العتق مبني على التغليب وهو اولى من الهبة لانه ينفذ في نصيب الشريك ولعدم
فرق الامة بينهما والنص على عدم الفرق ولان كل من قال باعتبار الثلث في غير العتق قال باعتباره
في العتق وكل من قال بعدم اعتباره في احدهما قال باعتباره في الاخر واما حقية المقدم فلما رواه
الحسن بن الجهم قال سمعت ابا الحسن عليه السلام يقول في رجل اعتق مملوكا وقد حضره الموت واشهد له بذلك
وقيمته ستماية درهم وعليه دين ثلثماية درهم ولم يترك شيئا غيره قال يعتق منه سدسه لانه انما له منه
ثلثماية وله السدس من الجميع وروى الجمهور عن عمران بن حصين ان رجلا من الانصار اعتق ستة
اعبد له في مرضه لا مال له غيرهم فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وآله فجزاهم ثلثة اجزاء

واقرع

٢٢١

واقرع بينهم واعتق اثنين وارق اربعة احتج القايلون بالاصل بانه مالك وللاصل جاز تصرفه في ملكه
لعموم قوله عليه السلام الناس مسلطون على اموالهم والجواب ان العام يخص بالخاص وهاهنا المنجز المتبرع
به شارك الوصايا في خروجها من الثلث عنها وتاخرها عن الديون ونزاحم الوصايا قيل وبالعكس
وقيل لا ويتميز فضلها عنها حال الصحة اجماعا ويتفارق فيما يلزم وهما للوصي كالصحة وفورية القبول لها
وتبطل بالموت قبله اجماعا واحتياج شرايط تاثيرها حالها وتاثيرها حال حيوة الموصي قال دام ظله
فهنا بحثان الاول في بيان مرض الموت الاقرب عندي ان كل تصرف في مرض اتفق مع الموت سواء كان مخوفا
اولا فانه يخرج من الثلث ان كان تبرعا والا فمن الاصل وقيل ان كان مخوفا فكذلك والا فمن الاصل
كالصحيح اقول لما بين المصنف ان علة اعتبار الثلث في المنجزات المتبرع بها المرض احتاج الى بيانه فنقول
في قوة العلة هو المرض مطلقا وهو اختيار المصنف وقيل بشرط كونه مخوفا واختاره في المبسوط قال
واما الذي ليس بمخوف كوجع الضرس واشباهه فان التصرفات الصادرة من المنقص بها تخرج من اصل التركة
لجريانه مجرى الصحيح والاصح عندي الاول لعموم الاخبار كقوله عليه السلام المريض محجور عليه الا في ثلث ماله و
الوصف مناسب اجماعا واما ان يكون هو الخاص او العام والاول ح والا لكان قد جعل علة السبب مكانه
وهو محال احتج الشيخ على قوله في المبسوط بان رواية علي بن يقطين المتقدمة سبقت في حصر الموت
لقوله ما للرجل من ماله عند موته وحينئذ لا يكون الا امارة الموت سواء كان المرض مخوفا اولا فالجواب
هو الكاسر هذا مقتضى الرواية سلمنا لكن ذكر بعض افراد العام بحكم لا يقتضي تخصيص عام كما بين في الاصول
ودلالة مفهوم المحالة ضعيف جدا البحث الثاني في جميع التبرع سواء اله ملك بنفسه او منوبه اختيارا لا بعوض
ولا بعوض وعرفه المصنف بانه ازالة الملك عن عين مملوكة يجري الارث فيها من غير لزوم ولا اخذ عوض
بماثلها قال دام ظله اما لو باع بدون ثمن المثل او اشترى باكثر منه او وقف او تصدق فانه يخرج من
الثلث على الاقوى ولا فرق مع التهمة من الثلث على ولا [illegible] من الاصل اقول هنا مسئلتان أ محاباة
المريض وهي ان يعارض باقل من قيمة ما يدفعه هو وهذا حكمه حكم التبرعات في الزيادة والوقف
والصدقة تبرع بالاصل لانه بغير عوض دنيوي وقد مضى البحث في هذه المسئلة ب الاقرار قال
الشيخ رحمه الله في النهاية يمضي من الاصل مع عدالة المقر وانتفاء التهمة في اقراره ومن الثلث ان كان
متهما سواء الاجنبي والوارث وتبعه ابن البراج ورواه ابن بابويه في كتاب من لا يحضره الفقيه واطلق

التبرع كما [illegible]

معها [illegible]

في المقنع انه يمضي في حق الوارث من الثلث ولم يقيد بالتهمة وذهب المفيد الى انه يمضي من الاصل ان كان
دينا وان كان عينا فان كان مستاكل دين محيط بالتركة وكان متهما لم يقبل اقراره وان كان عدلا امينا
قبل وامضاه سلار وابن ادريس من الاصل مطلقا وابن حمزة جعل اقراره للوارث مع التهمة وعدم البينة
بصحة ما اقربه كالوصية وغيره من الاصل والحق ما اختاره المصنف من كونه من الاصل مع عدم
التهمة ومن الثلث معها لرواية منصور بن حازم الصحيحة قال سالت اباعبدالله عليه عن رجل اوصى لبعض
ورثته بان له عليه دينا فقال ان كان الميت مرضيا فاعطه الذي اوصى له ~~وورثته~~ بان له عليه دينا
وفي الصحيح عن العلاء بياع السابري قال سالت اباعبدالله عليه عن امراة استودعت رجلا مالا فلما حضرها
الموت قالت له ان المال الذي دفعته اليك لفلانة وماتت المراة فاتى اولياؤها الرجل وقالوا له انه كان
لصاحبتنا مال لا نراه الا عندك فاحلف لنا ما قبلك شيء ايحلف لهم فقال ان كانت مامونة عنده فليحلف
وان كانت متهمة فلا يحلف ويضع الامر على ما كان فانما لها من مالها ثلثه احتج ابن ادريس بالاجماع
على ان اقرار العقلاء على انفسهم جائز ولقوله تعالى ولو على انفسكم او الوالدين والاقربين والشهادة على
النفس هو الاقرار وهو عام في جميع الاحوال والجواب المنع من انعقاد الاجماع على صورة النزاع فان الخلاف
قائم سلمنا لكن الجواز ثابت في القبول من الثلث مع التهمة ويمنع العموم في الاحوال قال دام ظله ولو برئ الصداق
في مرض الموت فالاقرب انه من الثلث اقول وجه القرب عموم قوله عليه المريض محجور عليه الا في ثلث ماله ولانه لم يجب عليه
بالاصل الشرعي فكان تبرعا وقيل يمضي من الاصل لعموم الامر بالوفاء بالنذر ولانه واجب والواجبات تمضي
من الاصل ولا دلالة للخروج من الثلث الا استحبابا في قدر زاد بالنذر وفيه نظر لانه مصادرة على المطلوب ولانه
لو صح ذلك لكان للرجل عند موته اكثر من الثلث والثاني باطل لما تقدم من قول ابي الحسن عليه السلام رواية
ابن يقطين وهو عام لانه قد ثبت في الاصول ان ما في الاستفهام يقتضي عموم جوابها فلزم ان كل ما له ينحصر في الثلث
فكلما ليس من الثلث ليس ماله فلم يقع تصرفه في ماله ولانه محجور عليه قال دام ظله ولو زوجت المريضة نفسها
فالاقرب الصحة وعدم اشتراط الدخول اقول وجه القرب عموم قوله تعالى وانكحوا الايامى منكم وعموم قوله عز وجل
اوفوا بالعقود فان النص انما جاء في الذكر ولانه اكتساب لوجوب المهر والنفقة لها والنكاح لا يوجب عليها
مالا بخلاف الذكر لانه يثبت عليه مالا ويحتمل اشتراط كمالية الحكم لاشتراك كمالية علته وهي مزاحمة الوارث في
الميراث والاصح عندي بل لا وجه لهذا الاحتمال عندي قال دام ظله فان كان بدون مهر المثل فالاقرب

ليس بحر

السعود

اقول لانه ليس بتفويت لشيء من المال بل هو اكتساب بعوض غير مالي ويحتمل اعتبار المحاباة ومن زيادة مهر المثل
من المسمى من الثلث لان تمليك البضع يقتضي ملك عوض هو مهر المثل فاذا نقص كان كالابراء ولا نحجر الوارث
لا يمكن تعلقه بالعوض فلا يتعلق بالعوض لانه تابع ولانه لا يعتبر اجازته له لانه لا حق له فيه ولا يدخل تحت الحجر
فلا تقدر العوض بمثله قال دام ظله والاقرب اعتبار الارث مع الخلع والمباراة وسؤالها الطلاق
وكونها كافرة او امة وقت الطلاق وان اسلمت او اعتقت في الحول الا في العدة الرجعية اقول وجه القرب
سؤالها ما سقط التهمة وقد رضيت بكونها اجنبية ويحتمل الارث لعموم النص والاصح الاول واعلم
ان ما اختاره هنا هو اختياره الشيخ في الاستبصار فانه قال انما يرثه بعد العدة اذا قصد الاضرار بها لما رواه
زرعة عن سماعة قال سالته عليه عن رجل طلق امراته وهو مريض قال ترثه ما دامت في عدتها فان طلقها في
حال اضرار فهي ترثه الى سنة الحديث ونقل عن محمد بن ابي القاسم الهاشمي قال سمعت اباعبدالله عليه يقول لا ترث
المختلعة والمباراة والمستامرة في طلاقها من الزوج شيئا اذا كان ذلك منهن في مرض الزوج الحديث
وقال في المبسوط والخلاف ولو سألته التطليق بلا لو سألته الطلاق بلا فقال بعضهم لم يرثه لانه لا يتهم
في طلاقها وقال بعضهم لم يرثه لانه لا يتهم في طلاقها وقال بعضهم ترثه وهو الصحيح عندنا لعموم الاخبار ثم
واختار هذا الترجيح ابن ادريس قال دام ظله ولو اعتق الشقص فرعه وكان الباقي من كل منهما يساوي
الشقص من الاخر واتسع الثلث للشقص فالاقرب عتق الشقص خاصة اقول لان السراية انما تحقق
مع اليسار واتساع الثلث وليس ويحتمل الورثة لانه عدل عتق العبدين لا يسار في كل منهما مال الاخر والاصح
الاول قال دام ظله ولو اشتغل فالاقرب ايه لكذلك اقول لان الشراء بالمثل لا يشتمل على تبرع و
العتق قهري لا يعتبر فيه الثلث ويحتمل اعتباره من الثلث لان الشراء عقد اعتاق والعبد لا يملك فيه
فاختياره للشراء هو تبرع بالعتق بلا عوض في معاملة وللمصنف قول آخر في هذا الكتاب في المطلب الثالث
في الاحكام المعنوية وهو انه يعتق من الثلث على الاقوى وهذا الذي ذكره هنا هو الذي اسبق على رايه
والاصح عندي ما اختاره هنا قال دام ظله ولو باع الصحيح بخيار ثم مات فورثه المريض قبل انقضائه
اعتبرت اجازته من الثلث على اشكال اقول تحرير المسئلة انه اذا باع الصحيح الجائز التصرف ماله
بدون ثمن المثل وشرط لنفسه الخيار مدة معلومة ثم مات قبل انقضائه فورثه مريض واجاز البيع
في مرض الموت هل يمضي الاجازة من الثلث او من الاصل قال المصنف فيه اشكال ينشأ من انه
المشتري

صح

٢٤٣

مثل تمكنه قبل لزوم البيع في مدة الخيار او لا فعلى الثاني يكون في مدة الخيار تركة في حكم مال الميت فيعتبر اجازته من الثلث وعلى
الاول يحتمل نفوذه من الاصل لانه لم يخرج مالا بل رضي ببيع صحيح من صحيح البدن غير محجور وهذا اقوى عندي ويحتمل
ضعيفا اعتباره من الثلث لانه خروج عن الموروث بغير مستحق وانما يستقر نقل الملك باجازة الوارث فاجازته في
التملك المستقر فصار كما لو ملك سلعة وفيه نظر لكون فيه الترك [illegible] الفسخ حتى يقضي الخيار فيلزم وكل ما يكفي فيه الترك
لا يكون من فعله فلا يعتبر فيه الثلث وبعد الخلاف فيما باعه الصحيح بغبن عليه جاهلا بالغبن فورثه المريض واجاز
فان اجازته سبب لنقل الملك لا غيرها وفوريته الفسخ بخيار الغبن على القول بفوريته انما هو في صحيح البدن المنصرف
في ملكه شرعا اما المريض مع زيادة الغبن على الثلث لا يكون خياره على الفور بالنسبة الى الوارث اجماعا ويحتمل الاوسع
قيد المصنف بقوله بخيار اما لو باع الصحيح بخيار ثم زادت القيمة السوقية زيادة كثيرة فورثه المريض
واجاز البيع فانه هنا لا يعتبر الثلث قطعا لان فسخه اكتساب واجازته عدم اكتساب وملك الزيادة هنا بالتملك
الاصل لا سواء علم زايدا على سبب تمليكه ولهذه الدقيقة قيدنا البيع باقل من المثل قال دام ظله ولو اشترى
ابني عم بالف لا يملك سواها ثم اعتق احدهما ووهبه الاخر ثم خلفهما مع مولاه ولا وارث له سواه عتق
ثلث المعتق الا ان يجيز المولى ثم يرث ثلثه [illegible] فيعتق منه ثمانية اتساعه وتسعه وثلث
اخيه للمولى ويحتمل عتق جميعه ويرث اخاه لانه بالاعتاق يصير وارثا لبعض التركة فينفذ اجازته في عتق
باقيه فيكمل له الحرية ثم يكمل له الميراث اقول وجه الاول انه لا شك في اعتبار العتق من الثلث لانه تبرع
فيعتق ثلثاه ولانه ثلث التركة فيرث [illegible] التركة على ما باقي والتركة ثلثه وكل اخيه فيكون له تسعا [illegible]
اخيه فيبقى للمولى تسعه وثلث اخيه والحق الثاني ووجهه ما ذكره المصنف دام ظله ولو اعتق [illegible]
او وهبهما المعتق او الموهوب قبله احتمل البطلان في الجميع والصحة فيه وجه الاول انه لا
يصح التبرع في جزء ما حتى يملك الورثة ضعفه وليس [illegible] ان التبرع لم يسلط [illegible] على الورثة
ولا فرق بين [illegible] وجود [illegible] بكسبه البيع [illegible] ولان التصرف لم يقع باطلا في نفسه بل يبطل برد
الورثة له بعد الموت وزيادته على الثلث وفيما [illegible] محقق هنا اذا لا يجتمعان الا في حال [illegible] ولا يلحق
المالك فيه بوصف واذا الحق المعتق [illegible] والعاية يظهر في قضاء الصلاة مع تمكنه من الاتيان
بها بعد العتق اذا اخل [illegible] حطا وصيه [illegible] او وصية اما اذا كان له كسب بعد الاعتاق
كسان منزلة الوجود فان كان ضعف قيمته ولا وارث الا السيد فقد مات حرا [illegible] المسلمين

محققين

اما

اما على القول بانه يموت حرا اذا لم يخلف شيئا فهنا اولى وان قلنا يموت رقا هناك فسببه ان السيد لم يخلف شيئا
وهنا قد خلف شيئا لان كسبه للسيد على كل تقدير فيحصل للورثة ضعف قيمة العبد فيعتق قطعا وان كان
الكسب مثل قيمته فان قلنا لو لم يخلف شيئا مات حرا فهنا اولى وان قلنا مات رقيقا فهنا لا يرق
لان المولى خلف شيئا فيحتمل هنا ان لا يعتبر الثلث لانه ان اعتبر لم يتوفر على الورثة شيء وان لم يعتبر
لم يتوفر والموجود خير من ضعفه المعدوم فيصح ويحتمل اعتباره. فنقول صح العتق في نصفه وللمولى
كل الكسب النصف بنسبة الملك والباقي له منه بعد العتق والنصف الآخر [illegible] فحصل
للوارث ضعف ما انعتق ويصح العتق وباقي شعب هذه المسألة وفروعها تركناها مخافة التطويل
دام ظله ولو اعتق عبدا عليه ثم اقر بدين فان كان فيهما نفذ العتق والا وان لم يكن فيها فالاقرب تقديم
الدين وجه القرب ان التبرع مما خرج عن الدين فالاقرار طريق شرعي كالبينة لعدم التهمة
فيه ويحتمل عدمه لانه اقرار في حق العبد فلا يقبل والاصح الاول دام ظله ولو باع قفيزا فان اجاز
الورثة لزم البيع وان لم يجيزوا فاختار المشتري فالفسخ فله لتبعيض الصفقة فان اختار الامضاء فقال
علماؤنا يصح ما قابل الثمن من الاصل والمحاباة من الثلث والحق عندي مقابلة اجزاء الثمن باجزاء المبيع كما في الربوي
ولان فسخ البيع في البعض يقتضي فسخه في قدره من الثمن وكما لا يصح البيع في الجميع مع بقاء بعض الثمن
كذا لا يصح في البعض مع بقاء جميع الثمن اقول الاول قول الشيخ الطوسي وكثير من علمائنا اما صحته في
مساوي الثمن فلان المقتضي موجود والمانع وهو المتبرع منتف واما اعتبار الثلث في الزائد فلانه [illegible]
في الجميع والحق اختيار المصنف لانه في مقابلة بعض المبيع بقسط من الثمن عند تعذر اخذ جميعه بجميع الثمن كما
لو اشترى عينين بثمن واحد وانفسخ العقد في احدهما وقول علمائنا يستلزم اخذ المبيع بجميع الثمن وهو محاب
للايجاب فانه [illegible] الوقال بعتك هذا محاباة فقال قبلت نصفه بما دام ظله فان اختار الفداء بخلاف
[illegible] باقل الارش [illegible] بالارش وقد مضى ان العبد الجاني خطا اذا اطلق مولاه افتكاكه مثل بكمه بالاكثر
او باقل الارش ولا حاجة الى ذكره هنا الفصل الرابع الوصية بالولاية قال دام ظله ولا تصح الوصية بتزويج
الصغار لعدم الغبطة على اشكال اقول يحتمل الصحة مع وجود الغبطة في التعجيل وفواتها بالانتظار كوجود
كفو لا يوجد بعد ذلك عادة لانه على هذا التقدير يناسب شرعية الوصية بذلك والاول هو المشهور من قول
الاصحاب وهو الاصح لانتفاء الغاية من النكاح فيمتنع صحته ولان الولاية خلاف الاصل فيقتصر على محل النص

وستأتي هذه المسألة في باب النكاح مستوفاة ان شاء الله تع الصيغة دام ظله ولو قال اوصيت اليك
ولم يقل لتتصرف في مال الاطفال احتمل الاقتصار على مجرد الحفظ والتصرف وجه الاول انه المتيقن وهو
حفظ المال لاجماع الكل عليه والاصل عدم غيره ووجه الثاني العرف فانه يقتضي تمامه وليس المراد بالاقتصار
على قوله اوصيت اليك خاصة لانه لا خلاف في انه لغو بل المراد الاقتصار على قوله اوصيت اليك في امور اطفالي
ولم يتعرض للتصرف والاصح الاول الموصي دام ظله اما الوصي فليس له الايصاء الا باذن
له الموصي على راي هذا اختيار المفيد وابي الصلاح وابن ادريس خلافا للشيخ في النهاية والعلامة وابن الجنيد
وابن البراج لنا ان الاصل سقوط ولايته بعد موته وعدم جواز التسليط الغير على الاطفال ولان استنابته
حيا اقوى من استنابته ميتا فلما لم يصح منه ان يستنيب غيره بعد الوفاة احتج المخالف برواية محمد بن الحسن الصفار
الصحيحة انه كتب الى ابي محمد الحسن بن علي عليه السلام رجل كان وصي رجل فمات واوصى الى رجل هل يلزم الوصي وصية الرجل
الذي كان هذا وصيه فكتب عليه السلام يلزمه بحقه ان كان له قبله حق ان شاء الله تع والظاهر ان المراد بالحق هنا حق الايمان
ولان الوصي قد ملك من النظر بالوصية مثل ما ملكه الجد من النظر فكما جاز للجد ان يوصي فكذا الوصي والجواب حمل الرواية
على ما اذا اوصى الموصي بذلك وهو الاصح ولهذا قال عليه السلام اذا كان قبله حق وهو اولى من حمل الحق على الايمان ومساواة
الملك ممنوعة دام ظله فان لم يكن حاكم جاز ان يتولاه من المؤمنين من يوثق به على اشكال ينشأ من انه
من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وهذا اعظم فروض الكفايات ومن انتفاء الحكم الشرعي والاصح الاول
لحكم حكم الوصي اذن تنبيه المراد بالحاكم هنا السلطان العادل الاعظم او نائبه فان تعذر فالفقيه الجامع لشرائط الفتوى
فقوله فان لم يكن حاكم المراد به فقدها ولا التقليد وهو اختيار والدي المصنف وابن ادريس وقال الشيخ الطوسي رحمه
الله في النهاية اذا مات انسان من غير وصية كان على الناظر في امور المسلمين ان يقيم له ناظرا ينظر في مصلحة الورثة
يبيع لهم ويشتري ويكون ذلك جائزا وان لم يكن السلطان الذي يتولى ذلك او يامر به جاز لبعض المؤمنين ان ينظر
في ذلك من قبل نفسه ويستعمل فيه الامانة ويؤديها من غير اضرار بالورثة ويكون ما فعله ماضيا وتبعه ابن البراج
فيظهر من كلامه هذا ان المراد به الاول واحتج الشيخ برواية سماعة قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل مات
وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية وله خدم ومماليك وعبيد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث قال
ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك فلا باس عليه على قيام الرجل الثقة ولم يشترط الفقه لزم ما خرجنا عن وقت الحاجة
والجواب اشتراط الفقه معلوم بنصوص اخر واللزوم في الحاكم فان اشتراطه بكونه معلوما بالضرورة من الدين قلنا

فالفقيه

فالعقد لو كان دام ظله ولا يجوز له نصب وصي على ولده الصغير او المجنون مع الجد للاب بل الولاية للجد وفي بطلانها
مطلقا اشكال في هذه المسألة اقوال ثلاثة قال الشيخ في الخلاف وموضع من المبسوط ببطلانها مطلقا
لان ولاية الاب انقطعت بموته مع وجود الجد وليا ولان ولاية الجد مساوية لولاية الاب او اقوى والوصي مع الاب
مطلقا فكذا مع الجد وتردد ابن ادريس عدم الجد في زمان وجود الجد جاز التصرف وبعضها بعد الجد او خروجه
عن جواز التصرف لتناولها سائر الازمان ووجود مانع في زمان لا يقتضي بطلانها في الجميع وهو قول بعضهم وصح
الشيخ في المبسوط الصحة حال وجود الجد في الثلث لان له اخراجه عن كل الوارث فازالة الولاية اولى والاصح
عندي الاول دام ظله وهل يعتبر البالغ من التصرف على ما لا يؤثر فيه نظر اقول اذا اوصى الى اثنين احدهما
صغير والاخر بالغ صح وانفرد البالغ بالتصرف الى حين بلوغه وهل له التصرف فيما يسعى عنه ايضا فيه اشكال ينشأ من ان
الولاية هل ثبتت للطفل الآن ويكون ممنوعا لمانع الكبر والموصي اعتبر بلوغه يحتمل الاول لوجود السبب ولانه لم يوص
اليه منفردا بل مع غيره ويحتمل الثاني لانه لا يملك التصرف لنفسه حال الصغر فكذا الغير ولان في الوصاية معنى الامانة
ومعنى الوكالة من حيث انها يعتمد بها عن امر الغير ومعنى الولاية وهو لا يتأهل لهذه المعاني ولان ولاية الصبي
مملوكة لغيره ولا يملك شيئا من الولاية فلا يصح جعله وليا ولان الوصاية تحت التصرف والصبي ليس من اهل التصرف
فعلى الاول يعتبر على ما لا يؤثر منه والاصح عندي لانه ليس مستقلا والانفاذ استقلاله في الضروريات للضرورة
وعلى الثاني يستبد مطلقا دام ظله وهل يشترط عدالته في دينه نظر اذا اوصى الكافر الى مسلم و
المراد بالكافر هنا الذمي هل يشترط في صحة وصيته عدالة الوصي في ملته اولا فيه اشكال ينشأ من ان عدم العدالة
في المسلم يمنع صحة الوصية اليه فمع الكفر اولى ولانها امانة والفاسق ليس من اهل الامانة ومن ان العدالة لا
تتجزى ولان الكفر اعظم من الفسق لانه يكون في الاصل والفرع والفاسق يكون في الثاني لا الاول فاذا لم يكن الكفر
مانعا فاولى ان لا يكون فسقه وفيه نظر لان الفاسق اذا لم يعمل بما يجب ويحرم لم يعمل بما في تحصيل غاية الوصية
واذا كان الكافر في ملته يتقوى وبعد حصول الغاية فالفرق ظاهر والاصح عندي انه لا يصح الوصية الى الكافر
مطلقا دام ظله في العدالة وفي اعتبارها الى الآن الاقرب ذلك ويشكل الامر في الاب الفاسق شرط الشيخ
في المبسوط والمفيد في المقنعة وابن حمزة وسلار وابن البراج عدالة الوصي في صحة الوصية اليه لانها امانة على مال
الغير فلا تناط بالفاسق ولان الوصية ركون الى الموصى قطعا ولا شيء من الفاسق يركن اليه لانه ظالم ولا شيء
من الظالم يركن اليه لقوله تع ولا تركنوا الى الذين ظلموا وابن ادريس تارة شرطها وتارة لم يشرطها والمصنف لم يشرطها
في الخلف

بلغ

لانها نيابة فتتبع اختيار المنوب كالوكالة وفيه نظر لانها نيابة في حق غير المنوب فيعتبر فيها العدالة كتوكيل
الوكيل وتوكيل الاب في حق ولده. ولما صح عندي اشتراطها وهو اختيار والدي المصنف منعنا لان الوصي يعتبر
اقراره ولا شيء من الفاسق يعتبر اقراره اما الاولى فظاهرة متفق عليها واما الثانية فلقوله تعالى ان جاءكم فاسق
بنبأ فتبينوا ولان الفاسق لا يساوي المؤمن ولا يصح الوصية اليه والا لعدمت المساواة اما الاولى فلقوله
تعالى افمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون واما الثانية فلان المساواة لا تتحقق الا بالا
لا ان تعلقت الا بنسبة بينهما فتنتفي بعينها لانه نقيضها والحيثيات لا تتناقضان فاستيفاء التحقيق
في الاصول اما الاب فيقبل بعد ثبوته خرج ذلك لان الولاية يعتبر الامانة والفاسق ليس اهلا لها ويحتمل
عدمه لان المقتضي لثبوت الولاية الابوة ولان شفقة الاب تمنعه عن تضييع مال الابن على خلاف الوصي
الفاسق ولا يصح عندي لا ولاية له ما دام فاسقا لانها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرف عين
حاله ويستحيل من حكمة الصانع تولية الفاسق امينا يعتمد اقراره واخباراته على عدم
مع نص القرآن على خلافه وان عاد عادت ولايته   دام ظله ومحل اعتبار الشروط حال الوصية
او الوفاة خلاف اقربه الاول فلو اوصى الى طفل او مجنون او كافر ثم مات بعد زوال المانع فالاقرب البطلان
وجه الاول انها حال الحكم لانها [illegible] في حال الركون اليه ولانه لو مات بتلك الحال لبيت له التصرف
ولان معنى الوصية انها تمنح للتصرف الى [illegible] الموصي لا غير وليس هنا وهو اختيار ابن ادريس ويحتمل الثاني
لانها حال الولاية وانما يحتاج اليها في تلك الحال واعلم ان اشتراطها عند الوفاة ثابت بالاجماع واما
الخلاف في اشتراطها من حين الوصاية [illegible] المطلب [illegible] في الاحكام   دام ظله ولو لم يقبل
الوصية ابتداء ولم يعلم بها حتى مات الموصي ففي الزامه بها نظر   اطلق الاصحاب عدم الجواز رد
الوصية لرواية منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قال اذا اوصى الرجل الى اخيه وهو غائب فليس له
ان يرد وصيته فان اوصى اليه وهو بالبلد فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل والظاهر
من كلام الشيخ في المبسوط والخلاف جوازه وهو الاقوى عندي للاصل ولاصالة البراءة والواصل
اليه بالتحمل غير المستحق ولقوله تعالى ما جعل عليكم في الدين من حرج ومع علمه لا ضرر ولا اضرار في الاسلام
ولان قبولها والتصرف بها تبرع في التصرف للغير فلا يلزمه ذلك بدون قبوله كالوكالة ولانه لا ولاية له
على الغير فلزمه امر بغير اختياره   دام ظله ولو اوصى الى اثنين فصاعدا [illegible] وان
اطلق

اطلق او شرط الاجتماع لم يجز لاحدهما التفرد عن صاحبه بل يجب عليهما التشارك في كل تصرف فان تشاحا لم
ينفذ ما يتفرد به احدهما من التصرف الا فيما لا بد منه كاكل اليتيم ولبسه ويحتمل عندي [illegible] عن التفرد ويمضي
المتفق وحمل قول علمائنا على ما اذا اطلق فانه يتفرد بالاتفاق خاصة   تحرير هذه المسألة اذا اوصى الى
اثنين فلا يخلو اما ان يختلف محل ولايتهما او يتحد والاول لا اشتراك بينهما بل يتفرد كل واحد بما فوض اليه
باتفاق الامامية والكل لانه كان يوصي الى احدهما بقضاء ديونه والى الآخر بالولاية على الاطفال والثاني
يشتركان في الولاية فلا يخلو اما ان يوصي اليهما على الاجتماع او ينص على الاجتماع والانفراد لكل منهما او
يجعل لاحدهما على الاجتماع والآخر على الانفراد او يطلق فالاول يحرم على كل واحد منهما الانفراد بالتصرف
في شيء اصلا ويجب عليهما الاجتماع ويجبرهما الحاكم عليه وينفذ تصرف احدهما منفردا في رد الاعيان
المستحقة للغير كالودائع والاعيان المغصوبة لوقوعه موقعه ولان لمالكها اخذها بغير اذن احدهما واما
العقود وما يتعلق بالاجتهاد فلا يصح باتفاق الكل وانما الخلاف فيما اذا تشاحا ولم يتفقا على النظر
في شيء هل ينفذ ما يتفرد احدهما به من التصرف فيما لا بد منه كاكل اليتيم ولبسه وهي مسألة الكتاب
المقصود هنا بالذات فنقول قال الشيخ في النهاية نعم وهو المشهور بين الاصحاب ووجهه ان في
تاخير هذه الاشياء الى اجتماعهما ضررا ولانه لو اقتضى امتناع احدهما من الفعل امتناع الآخر منه لما اثما
اذا امتنع كل واحد يوجب منع الآخر ولا اثم على الترك مع المنع من الفعل ولان كل واحد منهي عن الفعل مع
ترك الآخر والمنهي عنه لا يأثم بتركه لاستحالة اتحاد متعلق الامر والنهي وفيه نظر لانتقاضه بالواجب على
المجموع كالجمعة وقال في المبسوط والخلاف لا يجوز الانفراد مطلقا وهو اختيار ابن ادريس والمصنف ووالدي
انه تصرف المتفرد بالاتفاق مع النهي عن الانفراد لانه تصرف في ملك الغير بغير اذنه ولا اذن شرعي لانه ليس بولي
قهري شرعا وانما يتصرف على مقتضى الوصية ولا يقتضي الانفراد الضرر يندفع باذن الحاكم او الحبس مع تعذره
الا بالوصية ولما رواه محمد بن الحسن الصفار في الصحيح قال كتبت الى ابي الحسن العسكري عليه السلام رجل كان اوصى الى
رجلين ايجوز لاحدهما ان يتفرد بنصف التركة والآخر بالنصف الآخر فوقع عليه السلام لا ينبغي لهما ان يخالفا
الميت وان يعملا على حسب ما امرهما ان شاء الله تعالى قال الصدوق وهذا التوقيع عندي بخط الامام عليه السلام فقد
اطلق المنع ولو جاز في البعض لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة والاغراء بالجهل لانه اطلق العام واراد
الخاص من غير قرينة واجاب المصنف عن الاطلاق بجواز الانفراد فيما لا بد منه بانه محمول على ما اذا اطلق
الوصية

فانه يجوز الانفراد بالابوّة والثاني ان يجعل لكل منهما التصرف على الاجتماع والانفراد وكل واحد منهما وصي كامل
بانفراده فيجوز لكل الانفراد ويجوز لهما الاجتماع بطريق اولى ذكر ذلك باتفاق الامة والثالث وهو تجويز
الانفراد لواحد خاصة فللكل فوض اليه الانفراد واما الرابع وهو ان يوصي اليهما ويطلق ولا ينص على الاجتماع
ولا على الانفراد واختلف الاصحاب فيه فقال الشيخ في الخلاف والمبسوط لا يجوز الانفراد ويجب الاجتماع
وهو اختيار ابن ادريس وابن حمزة وظاهر كلام علي بن بابويه وابي الصلاح وقال الشيخ في النهاية ان شرط
ان لا يمضيا الوصية الا بعد ان يجتمعا لم يكن لكل واحد منهما الانفراد وان لم يكن الموصي قد اشترط عليهما
ذلك جاز لكل واحد منهما ان يستبد بما يصيبه ويطالب صاحبه بقسمة الوصية وكذا قال ابن البراج وهو
يعطي انه مع الاطلاق يجوز التفرد واختار المصنف الاول وهو الاصح عندي لانه انما اوصى الى المجموع
اشير لا الى كل واحد ولرواية محمد بن الحسن الصفار المتقدمة دام ظله ولو مرض احدهما او عجز ضم
الحاكم اليه من يعينه ولو مات او فسق استبد الآخر بالحكم من غير ضم على اشكال ولعل الاقرب عندي
وجوب الضم لانه لم يرض برأي احد يشار من الطلاق كثير الاصحاب انه يستبد من غير ضم ولانه مع
وجود الوصي لا ولاية للحاكم معه مثلا اطلقه الاصحاب ايضا ولان التخصيص بالذكر يدل على نفيه عما عداه عند
قوم مطلقا وهنا اتفاقا ومن ان الموصي اوصى الى الاثنين ولم يوص اليه بانفراده فلم يجز له التفرد والاقرب وجوب
الضم لانه اوصى الى المجموع ولم يرض برأيه وحده وهو الاصح عندي لان الحاكم له من الولاية ما كان للموصي
الاول بطلت وصيته بفسقه او موته كما لو مات الوصي الواحد فان للحاكم الولاية اجماعا دام ظله ويجوز
ان يجعل للوصي جعلا ولو لم يجعل جاز له اخذ اجرة المثل عن نظره في ماله وقيل قدر الكفاية وقيل اقلهما
الاول قول الشيخ في النهاية في باب التصرف في مال الايتام وهو الاقوى عندي والثاني قول
الشيخ ايضا في النهاية والثالث قول الشيخ في الخلاف والتبيان وقال في المبسوط اذا كان فقيرا جاز له
ان يأكل من مال اليتيم اقل الامرين من كفايته واجرة مثله وقال ابن ادريس يأخذ قدر الكفاية لقوله
تعالى ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف فهذه خمسة اقوال دام ظله ولو اوصى
اليه بتفريق ثلثه فامتنع الوارث من اخراج ثلث ما في يده فالاقرب اخراج الثلث كله مما في يده مما يجانس
المال واختلف لانه يستحق تفريق الثلث فاذا لم يعط الوارث ما في يده كان له الاخذ من غيره اقتصاصا
كولي الدين ووكيله ولان الوارث ما في يده كان له الاخذ من غيره اقتصاصا كولي الدين ووكيله ولان
الوارث

غصب حق الغير وكان للموصى اليه بالتفريق تفريقه من التركة ولان عليه ان يؤدي من الغير ومع التعذر فالعوض عنها
وبالاول متعذر والثاني ممكن فتعين وهو ان له ولاية التفريق لا المعاوضة ولان الوصية لم يتناول ما في يد
الآتية والاصح الاول الفصل الخامس فيما يثبت به الوصية واحكام الرجوع دام ظله ويقبل المرأة في
ربع ما شهدت به وهل تفتقر الى اليمين فيه اشكال ينشأ من اطلاق الرواية القبول فلو احتاج
الى اليمين لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ولان الاصحاب اطلقوا ثبوت ربع الوصية وربع ميراث المستهل
بشهادة الواحدة ولم يوجبوا اليمين نص ابن ادريس فانه قال تقبل شهادة القابلة وحدها اذا كانت
شرائط العدالة في استهلال الصبي في ربع ميراثه بغير يمين وتقبل شهادة امرأة واحدة في ربع ميراثه
بغير يمين وتقبل شهادة امرأة واحدة في ربع الوصية وشهادة اثنتين في ربع نصف ميراث المستهل ونصف
الوصية وذلك لا يجوز الا عند عدم الرجال على المسلمين اجماعا اصحابنا فلاجل ذلك قلنا بالكل ومن
انها شاهد واحد واحتياج الرجل فيه اولى ولان الاصل عدم الوصية وعدم الاستهلال ولا يحصر
الظن المساوي للمتيقن شرعا ووجوب العمل الا باليمين والاول اصح دام ظله وهل يجب
النصف او الربع بشهادة الرجل من غير يمين الاقرب ثبوت الربع وان لم يوجبوا اليمين في طرف المرأة
هنا مسألتان يتفرعان على قبول شهادة المرأة الواحدة بالوصية من غير يمين الاولى هل يقبل شهادة الرجل
الواحد في النصف من غير يمين يحتمل ذلك لان شهادته بمنزلة شهادة امرأتين ويحتمل عدمه لعدم النص
عليه وهذا هو الاصح عندي الثانية تقبل شهادته في الربع من غير يمين قال المصنف والاقرب ذلك
ووجه القرب انه اولى من المرأة فيكون من باب التنبيه بالادنى على الاعلى ومن عدم النص وهذا هو الاصح
عندي وقوله ان لم يوجبوا اليمين في طرف المرأة انما قيد بذلك لانه لو قلنا بوجوب اليمين فيها لم يشرع
وجوب قبول الرجل بغير يمين لانه يبقى دلالة مفهوم الموافقة فيجب حينئذ اليمين مع شهادة الرجل
الواحد بنسبة كل الوصية دام ظله والاقرب وجوب اليمين لو شهد عدل وذمي اذا شهد
عدل واحد مسلم وذمي بالوصية فالاقرب عندي وعند المصنف الاحتياج الى اليمين مع المسلم
ولا اعتبار بشهادة الذمي هنا ووجه القرب انه لا اعتبار بشهادة الذمي للآية ولان الذمي انما يقبل بشرط
عدم المسلم والشرط منتف هنا ويحتمل عدمه لعموم قوله تعالى او آخران من غيركم واذا قبل ذمي مع ذمي آخر فمع
مسلم اولى والاصح الاول اقتصارا على محل النص دام ظله وفي قبول اهل الذمة مع عدم عدول
المسلمين

نظرا الى عدم القبول   فهذا اصل من المسئلة المتفرعة عليه فنقول هذه الوصية بالمال شاهدين ذكرين
عدلين في دينهما من اهل الذمة مع فقد عدول المسلمين عندنا لقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر
احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم او آخران من غيركم ان انتم ضربتم في الارض فاصابتكم مصيبة
الموت الاية والمراد من غيركم اهل الكتاب لان الخطاب للمسلمين وغيرهم كفار وغير اهل الذمة لا يقبل شهادتهم
اجماعا فتعين اهل الذمة وحيث شرط عدالة المسلمين فنفسهم في دينهم اولا باشتراط لا يقال قيل من غيركم
اي من غير عشيرتكم وقيل من غير ملتكم والقائلون بالثاني قال بعضهم انها منسوخة لقوله تعالى واشهدوا ذوي
عدل منكم لانا نقول ليست بمنسوخة بل هي محكمة فان النسخ خلاف الاصل وهو قول ابن عباس وابن
المسيب وابن جبير وابن سيرين والشعبي والثوري وتفسيره بغير عشيرتكم ممنوع ويبطل بانه خطاب للمؤمنين
كافة والضمير في غيركم راجع اليهم والاصل عدم الاضمار وغير المؤمنين الكفار ولان يحيى بن محمد روى عن
الصادق عليه السلام قال سألته عن قول الله تعالى يا ايها الذين آمنوا شهادة بينكم الى قوله او آخران من غيركم
قال هما اهل الكتاب فان لم تجدوا من اهل الكتاب فمن المجوس الحديث اذا تقرر ذلك فنقول هل يقبل شهادة
اهل الذمة العدول في دينهم مع عدم عدول المسلمين في الولاية وهي هي المسئلة المذكورة في الكتاب مبنيا
قال المصنف فيه نظر ينشأ من وجود المقتضي وهو تعذر عدول المسلمين المفضي الى تعذر اثبات الوصية
ولانه ينقل بشهادتهما المال الذي يرثه الطفل الى غيره بالوصية فاثبات ولاية عليه اولى من اثبات ملك عليه
ومن حيث عدم النص فان الكتاب العزيز ناطق بعدم الركون اليهم في قوله تعالى ولا تركنوا الى الذين ظلموا و
قبول شهادتهم ركون اليهم واما ثبوت المال فللنص عليه ولان كل كافر فاسق ولا شيء من الفاسق بمقبول
شهادته فلا شيء من الكافر بمقبول شهادته والاولى مجمع عليها بين المسلمين واما الثانية فى قوله ان جاءكم
فاسق بنبأ فتبينوا والاصح عندي انه لا يقبل في الولاية ولا وجه لاحتمال القبول عندي   دام ظله
ولو قال هو من تركتي فليس برجوع على اشكال اقول ينشأ من ان الموصى تركه ومن العرف اذ هو في
العرف دال على انه للورثة والاصح الاول لان التركة ما تركه الميت من مال وهو اعم من الموصى والميراث
والعام لا ينافي شيئا من جزئياته   دام ظله ولو رجع عن المصرف كان اوصى لزيد بعين ثم لعمرو باخرى
وقصر الثلث ثم اوصى بالاولى لبكر فالاقرب تقديم وصية عمرو اقول وجه القرب ان الوصية لبكر متاخرة
عن وصية عمرو والوصية الاولى بالعين لزيد بطلت فلا حكم لها ومن حيث انه اوصى باخراج هذه العين
قبل

قبل الوصية باخراج العين الى بكر ولا اعتبار انما هو بالاخراج عن ملكه لا خصوصيات الموصى له فيقوم بكر مقام
الاول وهو زيد في التقديم لو قصر الثلث عن الوصايا والاصح الاول قال دام ظله ولو اوصى له بسكنى دار ثم
اجرها سنة مثلا نظر ان مات بعد انقضاء مدة الاجارة فالوصية بحالها وان مات قبله فوجهان
اقواهما عندي ما هو اقرب عند المصنف وهو انه يستانف للموصى له سنة من انقضاء مدة الاجارة ووجه
القرب استحقاق الموصى له منفعة سنة ولم يكن ابطال الاجارة فكان له بعدها ولان الوصية تناولت
سنة مطلقة وانما اوجبنا السنة الاولى مبادرة الى توفية حقه فاذا منع مانع اعطي سنة غير ما يحل
الاجارة بخلاف الاجارة فانه يقتضي الاتصال بالعقد والا بطلت لعدم تعيين مبداها هذا خلاف
ولانه لا منافاة بين الاجارة المعينة والوصية المطلقة فلا يدل على الرجوع والاصل عدمه والوجه
الثاني بطلان الوصية لاقتضاء اطلاقها سنة متصلة بالموت ولهذا وجب على الوارث تسليمها اليه
بعد الموت على الفور مع عدم المانع ولا يتجدد سنة بعينها وقد استحقت لغيره فتبطل والاصح الاول وفي
اقتضاء الوصية السنة الاولى بعينها فعلى الوجه الاول لو انقضت مدة الاجارة قبل انقضاء
سنة من يوم الموت فالمنفعة بقية السنة للموصى له وتبطل الوصية فيما مضى وان انقضت بعد سنة من يوم
الموت بطلت الوصية لان الوصية تناولت منفعة السنة الاولى فاذا صرفت الى غيره بطلت الوصية
لان الوصية وهذا الاحتمال ضعيف ويتفرع على الوجهين انه لو لم يكن اجرها الموصى ولم يسلم الوارث
الى الموصى له بلا عذر ومضت سنة فعلى الوجه الاول يسلم الى الموصى له سنة اخرى وعلى الثاني يغرم
الوارث قيمة منفعة السنة واصل المسئلة مبني على ان الاجارة لا تبطل بموت المؤجر وهو المختار عند المصنف
وعندي   دام ظله ولو اعمال عليه حنطة اجود ففي كونه رجوعا اشكال   اذا اوصى له بحنطة معينة
فان خالطها بحنطة للموصي اجود قبل موت الموصي من غير فعله ولا اذنه هل يقتضي ابطال الوصية فيه اشكال
ينشأ من اصالة بقاء الوصية ولانها كالشركة فلا يلزم من خروجها عن امكان التسليم للموصى وجوبه
وعدم وجوب تبرع الوارث بالزيادة فصار كالتالفة والاقوى عندي انه يكون شريكا
بالنسبة من القيمتين لان الاصل بقاء الوصية وعدم الرجوع وقوله في كونه رجوعا المراد به في حكم الرجوع
لمنافاته اياه في الابطال اما لو خلطها هو بفعله فهو رجوع لانه هو المانع من التسليم   دام ظله ولو
عجنا اوصى لها فهو رجوع وكذا لو عرسها وكذا لو اوصى بثوب فقطعه قميصا او بخشب فاتخذه بابا او نشره فعله

من بلا الموصى لما كان بعيد فهو رجوع على اشكال في ذلك كله   يشار من انها لو بطلت في هذه الصور
لكان لوجود المنافاة وهذه ليست منافية في نفس الامر لانه لو صرح ببقائها لتنبع مع هذه الاشياء ومن
الظاهر فان هذه التصرفات حال العرف على ابقائها للنفسه وابطال للوصيه فان قلنا ان البناء والغرس
رجوع في البياض المتخلل في المغرس والاس اولى والا فالاشكال والاقوى عندي انه رجوع في الاس
والمغرس لا غيرهما   دام ظله ولو اوصى بخبز فجعله فتيتا او بقطن فحشاه فراشا او برطب فجففه تمرا
او بلحم فقدده ففي كونه رجوعا اشكال اقول نشاؤه من الظاهر فانها ظاهرا يدل على ابطال الوصيه
ومن عدم منافاتها ولان الوصية نقل ملك عنه الى الموصى له بعد الموت فشرطه الملك قبل الموت وهو
حاصل للموصى فلا ينافيه ما فعل لبقاء الملك فلا يقتضي بطلان الوصيه ولا ينافيه ايضا التصرفات المحللة
للملك الغير المزيلة كالهبة قبل القبض والرهن وسولا اقوى عندي   دام ظله ولو تغير الاسم بغير
فعل الموصي كما لو سقط الحب في الارض فصار زرعا او انهدمت الدار فصارت براحا فصوت الموصى
بطلت الوصية على اشكال   نشاؤه من فقد الموصى به فانه انما يعطى ما يطلق اللفظ عليه حقيقة ومن
تعلق حق الموصى له بالعين ولم تعدم بجميع اجزائها والاقوى عندي الفرق بين هذه الصور النوعيه ومجرد
الاسم وعدم نقص الاجزاء فان في الصورة الاولى والاقوى البطلان لعدم الحقيقة الاولى ووجود غيرها
وفي الاخيرتين الصحة واما الثانية فلان المقصود الحقيقة والاسم للتعيين ومع تعينها موجودة واما
الثالثة فالوصية بالكل يستلزم الوصيه بالاجزاء فاذا بقي البعض صح في الوصيه   دام ظله ولم
يكن الانهدام مزيلا للاسم الدار سلمت اليه وما انفصل منها على اشكال   الاشكال في عدم بطلان
الوصيه بالدار مع بقاء الاسم وانما الاشكال في وجوب تسليم ما انفصل منها بالانهدام كالانقاض والالات
الى الموصى له ومنشاؤه من ان الوصيه تعلقت بالدار والانقاض لا يسمى دارا وانما تدخل مع بقائها الى
الموت جزءا منها واما مع عدم اسم الدار فلا دليل عليه ومن انها حال الوصيه جزء فدلت لفظ الدار
عليها بالتضمن فيدخل في الوصيه والاصل البقاء والاصح الثاني خاتمة تشتمل على مسايل متعدده
دام ظله لو اوصى بعبد يستوعب لزيد وبثلث ماله لعمرو ولم يقصد الرجوع ومنع من التقديم و
اجاز الوارث قسم العبد ارباعا ويحتمل اسداسا ولو قصد الرجوع قسم اثلاثا   وجه الاول ان
الوصايا كالديون لانه يقسم التركة مع الاجازة على مجموعها وكذا وصى لواحد بجميعه ولاخر بثلثه فابسط العبد
من

للاقياس

٢٣٨

من جنس الكسر ثم يضم اليها الثلث الثلث الموصى به يصير اربعة ثم اقسم العبد على اربعة اسهم يصير الثلث ربعا كما
في مسايل العول ووجه الثاني ان للاول ثلثي العبد لا يزاحمه فيهما احد وفي الثلث الاخر قد اوصى لكل منهما من غير
تقديم فيقسم بينهما فيكون للاول خمسة اسداس وللثاني سدس كالدعاوى المتعارضة في البعض خاصة كالوادعي واحد كل العين
والاخر ثلثها قال دام ظله وان خلف مع العبد مايتين اخرى وقيمة العبد مائة ولم يقصد الرجوع اخذ الثاني على الاول مع
الاجازة ثلث المال وثلثا عايلا من العبد وسدس ربعه وللاول ثلثة ارباعه ولورد الورثة ما زاد على الثلث
فللاول نصف العبد وللثاني سدس التركة فيأخذ سدس العبد وسدس المايتين فله من العبد ستة عشر وثلثان
ومن باقي التركة ثلثة وثلثون وثلث ويحتمل قويا على الاول اقتسامهما الثلث حالة الرد على حسب مالهما لا مع الاجازة
فيصيب صاحب العبد اقل لانه شرك معه في وصيته غيره ولم يشترك في وصية الثاني غيره فلصاحب الثلث ثلث المايتين من غير مزاحم
ويشتركان في العبد للثاني ثلثه وللاخر جميعه فيصير ارباعا وفي حال الرد ترد وصيتهما الى ثلث المال فيضرب مخرج
الثلث في مخرج الربع فيكون اثني عشر ثم في ثلثة يكون ستة وثلاثين فلصاحب الثلث ثلث المايتين وهو ثمانية من
من اربعة وعشرين وربع العبد وهو ثلثة اسهم صار له احد عشر ولصاحب العبد ثلثة ارباعه وهي تسعة فيضمها الى سهام
صاحب الثلث فالجميع عشرون ففي الرد يجعل الثلث عشرين والمال ستون فلصاحب العبد تسعة من العبد وهو ربعه
وخمسه ولصاحب الثلث ثمانية من الاربعين وهو خمسها وثلثة من العبد وهو عشره ونصف عشره ويحتمل مع عدم
الاجازة ضم سهام الورثة وبسط باقي العبد والتركة اخماسا فله عشر العبد وخمس المايتين على البخ
اذا اوصى لشخص بعين من ماله كعبد معين ولاخر بجزء مشاع كثلث المال او ربعه فالتالي فاجاز الوارث الوصيتين
تفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم شارك صاحب المعين فيه بنسبة ما نسبه بينهما على قدر حقيهما ويدخل النقص
على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية كمسايل العول وكما لو اوصى لرجل بماله وللاخر بجزء منه فاما في حال الرد
فان كان وصيتهما لا تجاوز الثلث مثل ان يوصي بسدس ماله لرجل ولاخر بمعين قيمته سدس المال فهي كحال الاجازة
سواء اذ لا اثر للرد وان جاوزناه رددنا وصيتهما الى الثلث وسلم بينهما على قدر وصيتهما الا ان صاحب المعين
ياخذ نصيبه من المعين والاخر ياخذ حقه من جميع المال او يقتسمان الثلث على حسب مالهما في الاجازة كل منهما محتمل
اعتبارا بنصه او باستحقاقها لو صحت الوصيتان لان النقص من التركس انما هو على قدر استحقاقهما ولان وصيه
الله يبعض بجوعاص الاول لم تقسم اياه والمرجوع عنه لا حسب ولان صاحب العبد اولى لانه اوصى له بشيء متروك
معه غيره فيه وصاحب الثلث افرده بشيء لم يشاركه فيه غيره فوجب ان يقسم بينهما الثلث حال الرد على حسب ماليهما

اقتساما

الى السهام

في الاجازة كسائر الوصايا ومن ابى حال الاجازة انما دخل النقص للتزاحم ولولاه لما دخل نقص فلا يوجد في غيره فيتوزع
على الوصية لان كل واحد فلا وصل ثلثه وقد رجع الوصيتان الى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل الى نصف
وصيته فيدخل النقص على كل منهما بقدر ماله في الوصية ثم على التقدير الاول ياخذ صاحب المعين نصيبه منه ويضم الاخر
سهامه الى سهام الورثة ويقتسمون الباقي على خمسة لان له السدس وللورثة اربعة اسداس ثم ياخذ صاحب المعين نصيبه من
المعين والاخر ياخذ حقه من جميع المال وهو السدس فيحصل هاهنا ثلاث احتمالات ان يقسم الثلث بينهما على قدر الوصيتين
وياخذ صاحب المعين نصيبه من المعين والاخر نصيبه من جميع المال فياخذ الاول نصف العبد وياخذ صاحب الثلث
سدس العبد وسدس الباقين فياخذ من العبد ستة عشر وثلثا من الباقين ثلثه يلتمس وثلثا   ان يقسم الثلث بينهما على
قدر الوصيتين وياخذ صاحب المعين نصيبه من المعين وصاحبه الثلث يضم نصيبه الى انصباء الورثة ويقسم بينهم اخماسا
فيكون له عشر العبد وخمس الباقين   ان يقسما المال على حسب مالهما في الاجازة فهنا احتمالان ا ان يكون
لصاحب الثلث ربع العبد مع الاجازة فنقول هنا نضرب مخرج الثلث في مخرج الربع يكون اثنى عشر سهما ثم في
ثلثه يكون ستة وثلثين لانا نقسم الثلث اثلاثا والثلث الاخر ارباعا فلصاحب الثلث ثلث الباقين وهو ثمانية من اربعة
وعشرين وربع العبد وهو ثلثة اسهم من اثني عشر من الفريضة صار له احد عشر ولصاحب العبد ثلثة ارباعه وذلك
تسعة صار الجميع عشرين ففي حال الرد يجعل الثلث عشرين والمال كله ستون فلصاحب العبد تسعة من العبد
وهو ربعه وخمسه ولصاحب الثلث ثمانية من الاربعين وهو خمسها وثلثة من العبد وذلك عشره ونصف عشره
والطريق ان ننسب الثلث الى ما حصل لهما في حال الاجازة ثم نعطي كل واحد ما حصل له في الاجازة
مثل تلك النسبة وعلى الوجه الاول ننسب الثلث الى وصيتهما ثم نعطي كل واحد في الرد مثل الخارج بالنسبة   ان
يكون العبد اسداسا حال الاجازة فنقول نضرب مخرج السدس في مخرج الثلث يكون ثمانية عشر فلصاحب
الثلث ثلث الباقين وهو اربعة من اثني عشر وسدس العبد وهو واحد صار له خمسة ولصاحب العبد خمسة اسداس
العبد خمسة صار الجميع عشرة ففي حال الرد يجعل ثلث المال عشرة والمال كله ثلثون فلصاحب العبد خمسة من
العبد وهو نصفه ولصاحب الثلث واحد من العبد وهو عشره واربعة من العشرين وهو خمسها قال دام ظله
لو خلف عبدا مستوعبا قيمته مائة واوصى به لواحد ولاخر بثلثه ولاخر بسدسه على جهة العول
قسم العبد تسعة اسهم لصاحب الكل ستة ولصاحب الثلث اثنان وواحد لصاحب السدس … ويكون
للاول تسعة وعشرون من ستة وثلثين وللثاني خمسة وللثالث اثنان اقول الوجه الاول ظاهر على طريق

العول

العول فان الفريضة من ستة للاول ستة ويزاد عليها مثل ثلثها اثنان للثاني ويزاد عليها مثل سدسها واحد للثالث
واما الثاني فلان للاول ثلثين لا منازع فيهما وهي اربعة من ستة ثم ثلث سدس منه يتنازعه صاحب الكل وصاحب الثلث
يقسم نصفين فنضرب اثنين في ستة تبلغ اثني عشر والسدس الاخر يتنازعه الثلثة فيقسم اثلاثا فيضرب ثلثة في اثني عشر
تبلغ ستة وثلثين للاول الثلثان يعني منها اربعة وعشرون ونقسم سدس وهو ستة بينه وبين صاحب الثلث
لكل ثلثة وسدس اخر بين الثلثة لكل اثنين فيحصل لصاحب الكل تسعة وعشرون ولصاحب الثلث خمسة ولصاحب
السدس اثنان   دام ظله ولو كان مع العبد مائتان واوصى لواحد ولاخر بثلث ماله ولاخر بسدسه فلصاحب
العبد مع الاجازة ثلثا العبد ولصاحب الثلث تسعا وثلث الدراهم ولصاحب السدس تسع وسدس الدراهم ومع الرد يضرب
صاحب العبد بمائة وصاحب الثلث بمائة وصاحب السدس بخمسين ويختص صاحب العبد فيه وعلى الاحتمال القوي
يجعل الثلث ثمانية عشر للاول ستة وللثاني اثنان منه وستة من باقي التركة وللثالث واحد منه وثلثة من باقي
التركة   اما حال الاجازة فما ذكره هنا على الاحتمال الاول واما على الاحتمال الثاني فللاول ثلثا العبد من
غير منازع وقد تعارض هو والموصى له بالثلث في السدس فيقسم بينهما نصفين وقد تعارض الثلثة في السدس
فيقسم بينهم اثلاثا فيقسم العبد ستة وثلثين للاول تسعة وعشرون من ستة وثلثين من العبد وللثاني خمسة منه وثلث
الباقين وللثالث اثنان منه وسدس الباقين واما حال الرد فيقسم الثلث اخماسا لان الموصى له بالعبد اوصى له بمائة
والموصى له بالثلث اوصى له بمائة ايضا اذ ثلث المال مائة والموصى له بالسدس فقد اوصى له بخمسين وانما دخل
النقص عليهم في حال الاجازة لضرورة الازدحام واما حال الرد فللازدحام هنا على احتمال قسمة الثلث حال
الرد على وصاياهم اما على الاحتمال القوي وهو قسمة الثلث على حسب ما لهم في الاجازة نقسم الثلث ثمانية عشر لان
حال الاجازة تقسم العبد تسعة والتركة سبعة وعشرون فلصاحب العبد ثلثه ستة وللموصى له بالثلث تسعا اثنان
منه وثلث باقي التركة ستة يصير ثمانية وللموصى له بالسدس تسع العبد واحد وسدس الباقي ثلثة يصير اربعة مجموع
سهامهم ثمانية عشر ففي حال الرد يقسم الثلث كذلك للاول ستة من العبد ومن ثلثة وللثاني ثمانية منها اثنان من العبد
مع ستة من باقي التركة اعني ثمانية عشر ثلثها وللثالث اربعة منها على الاحتمال الاول واما على الاحتمال الثاني فان
الثلث يقسم على [illegible] … سهما لصاحب العبد تسعة وعشرون من العبد ولصاحب الثلث تسعة وعشرون ايضا من العبد
والتركة … ولصاحب السدس اربعة عشر من العبد والتركة ولا اصل في احتمال قسمة الثلث على حسب الوصيتين او على
حسب ما لهما في الاجازة ان ياخذ صاحب الثلث وصاحب السدس من العبد مثل ما يكون للموصى فقد رجع فيه عن الوصية

لصاحب العبد ثم لا والثاني هو الاقوى لان ملك الموصى له واحد بحال فلما جعله ملكا بعد وفاته لهما فكان نفع
ملك الموصى له بالعبد عنه بعد الوفاة فهو رجوع عنه دام ظله لو ترك بلثه قيمة كل واحد مائة واوصى بعتق
احدهم ولآخر بثلث ماله على سبيل العول فهو على الاول ثلثه ارباعه وللموصى له ربعه وثلث العبدين للآخرين
مع الاجازة ومع الرد يسلم الوصيتين ما بان والبلد مائة وهو مثل نصفه فلكل واحد نصف ما اوصى به فيعتق من
العبد نصفه ولصاحب الثلث سدس كل عبد ويحتمل ما تقدم تعرير الاحتمال في هذه المسئلة
ووجوههما قد تقدم في المسئلة الثانية لان الموصى بعتقه قائم مقام الموصى بجميع العبد فهو دما تقدم من الاحتمال
فالموصى له بالعبد فكلما صح للموصى له بالعبد هنا ينفذ العتق في مثله فيكون للثلث ما كان له هناك ثم
الاحتمال ان ينفذ العتق في خمسه اسداسه ويكون للثلث سدسه وثلث الآخرين كما ذكر ومنها انه مع
الرد يعتق العتق في نصف العبد وللثلث سدس كل عبد عشر وثلثان وعلى الاحتمال الاقوى
يعتق العتق في ربع العبد وخمسه وللثاني منه عشره ونصف عشره وخمس للآخرين ويحتمل نفوذ العتق
في نصف العبد ويضم حصة الآخر الى مال الورثة ويقسم ما في العبد والآخرين اخماسا وللثاني من
الموصى بعتقه عشره وخمس للآخرين وللورثة خمسا واربعة اخماس الآخرين دام ظله ولو
اقام الاب وصيا لاطفاله لم يكن للقاضي تغييره بعد موته الا ان يتغير حاله ولو كان باجرة ووجد القاضي المتبرع
فالاقرب انه ليس له العزل الا وفي البلد والاحاد لخفة المؤنة عن الاطفال تعرير وجه القرب انه
تقول اما مع وجود الثلث فانه لا ولاية للحاكم مع الوصي ولان المرتضى له جعل الولاية على الاطفال والجائز
للعزل له التبرع بماله فجعل عوضا عن عمل مقصود في نظر العقلاء راى والاول اما مع وجود البلد فلان
العمل الذي وقع في مقابلته اجرة يمكن تحصيله من المساوي بغير اجرة فدفع الاجرة عنه تبرع لا يقضي
في الكرم الثلث ولا لحجر الوصي على قوله الاقل فيعزله الحاكم والالزم بعض احد الامرين المذكورين وقد فرض
خلافه ويحتمل عدم جواز عزله مطلقا لان له جعل الولاية للغير وليس للحاكم مداخلة ودفع اجرة
المثل عن العمل ليس بتبرع فلا يعتبر فيه البلد وليس لاحد منعه واعلم ان هذا البحث على تقدير عدم
زيادة المدفوع عن اجرة المثل اما اذا زاد ولم يخرج من الثلث عزله الحاكم مع عدم قوله بالاجرة
قطعا والاقوى عندي انه ليس للقاضي العزل اذا لم تزد عينه الموصي للوصي عن اجرة المثل وبمعنى
من الاصل وكذا لو لم يعين اما مع زوال عدالته فيزول ولايته دام ظله لو اوصى الى فاسق ثم

ثلثه

ثلثه فهل ينعزل بطلان الوصية اليه على الاول الخلاف في هذه المسئلة مضى دام ظله وهل يقبل قول
الامين في التفرقة الاقرب العدم ان كان على قوم معينين وفي القبول ان كان على غير معين وجه
القرب انه اذا كانوا معينين كان المال ملكا لهم ويتوجه عليه ويدعي ايصاله والاصل عدمه و
لا امكان اقامة البينة هذا ان انكر الورثة الدفع وفي الاقرب يقبل قول الامين مع اليمين
ومع عدم انكار الوارث يقبل قوله بغير يمين في حقهم ولو انكر الموصى لهم فالقول
قولهم مع اليمين على التسليم واما مع عدم التعيين فلانه قد رضي باجتهاده ونظره و
امانته فيقبل قوله فيه ويحتمل قبول قوله لانه امين له ولانه شيء قبل اقراره فيه
ويحتمل عدم القبول مطلقا للاصل والاصح عندي قبول قوله مطلقا
وهذا آخر ما اوردناه في حل اشكالات الجزء الاول من القواعد والحمد لله
تعالى الذي وفقنا لاتمامه وصلى الله على سيدنا محمد النبي واله
المعصومين صورة ما كتبه المصنف ادام الله ايامه فرغ من تسويده
مصنفه العبد الفقير الى الله محمد بن الحسن بن يوسف بن علي بن
المطهر في يوم عيد الفطر سنة اربع وعشرين وسبعمائة الهلالية
بالحلة بخطه ووقع الفراغ منه كتابة على يد كاتبه
العبد الفقير الى الله الغني محمد بن علي الجويني سلخه
سهروار جرس عن الاخطار عند انبساط شمس يوم
الثلاثاء الرابع من شهر ربيع الاول سنة اربع
وتسعين وسبعمائة حامدا لله و
مصليا على نبيه النبيه المعدن
الطهارة والنبوة والحمد لله
رب العالمين والصلوة
على محمد وعترته الطا
هرين

المصححة

ولو اوصى بعتق عدد معين من عبيده ولم يعينهم استخرج العدد بالقرعة الى ان يستوفي الثلث ويحتمل تخيير الورثة
اقول لانه اما ان يكون الوصية بان يعتق الوارث واحدا لا بعينه بان يقول احدكم حر ولم يقل به احد او يعتق
واحدة نفسه وهو تكليف ما لا يطاق او ما يعينه الوارث وهو المطلوب ولانه قائم مقام الاب ووجه القرعة
انه موضوع على قهر الوارث ولانه تجوز للعدول لا ترجح فتعين القرعة لانها موضوعة على كل امر مشكل وهو الاصح
قال دام ظله ولو اوصى بعتق رقبة مؤمنة وجب فان تعذر قبل عتق من لا يعرف بنصب اقول هذا قول الشيخ
في النهاية خلافا لابن ادريس فانه ذهب الى انه لا يجزي الا المؤمنة وقال ابن البراج اذا اوصى بعتق رقبة
مؤمنة لم يجز ان يعتق الا من كان كذلك وقد ذكر انه اذا لم يوجد الرقبة اعتق من الناس من لا يعرف
بنصب ولا عداوة لاهل البيت عليهم السلام والذي ذكرناه احوط هذا آخر كلامه والحق عندي مذهب ابن
ادريس لنا قوله تعالى فمن بدله بعد ما سمعه وقول الشيخ على رواية علي بن ابي حمزة عن ابي الحسن عليه السلام
قال سألته عن رجل اوصى بثلاثين دينارا يعتق بها رجل من اصحابنا فلم يوجد بذلك قال يشترى من
الناس فيعتق وابن ابي حمزة ضعيف قال دام ظله ولو اوصى بجزء من ماله فالسبع وقيل العشر
اقول القولان للشيخ رحمه الله فقال في النهاية والخلاف بالاول وهو اختيار ابني بابويه والمصنف
في المختلف والاصح ما رواه الشيخ في الصحيح عن عبد الله بن سنان قال ان امرأة اوصت الي وقالت
ثلثي تقضي بها ديني وجزء منه لفلان فسألت عن ذلك ابن ابي ليلى فقال ما ارى لها شيئا ما ادري ما الجزء فسألت
ابا عبد الله عليه السلام بعد ذلك وخبرته كيف قالت المرأة وما قال ابن ابي ليلى فقال كذب ابن ابي ليلى لها عشر الثلث
ان الله تعالى امر ابراهيم عليه السلام وقال له اجعل على كل جبل منهن جزءا وكانت الجبال يومئذ عشرة فالجزء هو
العشر من الشيء احتج الاولون بما رواه ابن ابي نصر في الصحيح قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل
اوصى بجزء من ماله فقال واحد من سبعة لان الله تعالى يقول لها سبعة ابواب لكل باب منهم جزء مقسوم والجواب
الاول يرجح بكونه صاحب الواقعة والاصح عندي انه العشر لانه يصدق عليه انه جزء حقيقة واللفظ اذا
تردد بين الاقل والاكثر انما يحمل على الاقل وايضا فانه تعالى استعمله في العشر ونص المعصوم باستدلاله به
على ان هذا الاستعمال حقيقة قال الشيخ والاولى محمولة على الوجوب والثانية على الاستحباب جمعا بين الاخبار
قال دام ظله ولو قال اعطوه كثيرا احظا او نصيبا من مالي وهو اختيار المصنف في كتبه وهو قول ابن
ادريس للاقتصار بالرواية على موضع النص هو الاصح والثاني قول الشيخ وابن حمزة والصدوق

وكذلك ويحمل على النذر اذا
قال اعطوه لو كان
بمنزلة اعطوه حظ

صورت عقد نکاح از فقیه المجتهد الزمان
شیخ الاسلام والمومنین شیخ جعفر قدس الله

اگر از جانبین وکیل باشد وکیل زن (زوجه) بگوید بسم الله وبالله والحمد لله
والصلوة والسلام علی رسوله زوجت وانکحت موکلتی فلان بنت فلان
من موکلک فلان بن فلان علی کتاب الله وسنة رسول الله وائمة الهدی اولهم علی
وآخرهم مهدی صلوات الله علیهم اجمعین علی صداق کذا وکذا تسع
عشر مثقال او نصف مثقال من الذهب الاحمر التبریزی بمحضر جماعت الحاضر
وکیل مرد بگوید قبلت التزویج له یا این عبارت بگوید قبلت التزویج لموکلی
المذکور علی صداق المسطور بمحضر جماعت المذکور اگر ولی دو طرف باشد از جانب زوجه
بگوید زوجت وانکحت بنتی فلانه بولایت الشرعی علی الصداق کذا وکذا
ولی زوج بگوید قبلت التزویج بولایت الشرعی واگر از جانبین وکیل نباشد زوجت
وانکحت نفسی علی صداق فلان مرد بگوید قبلت التزویج لنفسی بمحضر جماعت الحاضر

صورت طلاق

وکیل زن بگوید اگر خلع باشد بذلت لموکلک عن موکلتی ما تستحقه من الصداق
علی ان تطلقها به وکیل مرد بگوید فی الحال زوجة موکلی بما بذلت عنها طالق
طلقة طلقة اگر خلع نباشد وکیل بگوید زوجة موکلتی طالق اگر مرد خود بگوید
زوجتی طالق ج ع وسلمه الله

دعاء عید

اللهم انت اهل الکبریاء والعظمة واهل
العفو والرحمة واهل التقوی والمغفرة
واسئلک بحق هذا الیوم الذی جعلته للمسلمین عیدا
ولمحمد صلی الله علیه وآله وسلم ذخرا
وشرفا ومزیدا ان تصلی علی محمد وآل محمد
وان تدخلنا فی کل خیر ادخلت فیه محمدا وآل محمد
وان تخرجنا من کل سوء اخرجت منه محمدا وآل محمد
اللهم انی اسئلک خیر ما سئلک به عبادک
الصالحین واعوذ بک مما استعاذ منه عبادک
المخلصون

جام گیتی نما [illegible]
[illegible]

بسم الله الرحمن الرحيم بعد حمد الله واجب الوجود وواهب
وجود كل موجود مفيض الخير والجود والصلوة على الذوات القدسية خصوصاً
على محمد خاتم الانبيا وعلى الخيرة البرية يقول محمد بن الحسن المطهر لما فرغت
من تحرير اشكالات الجزء الاول من كتاب القواعد شرعت الان في تحرير
الجزء الثاني منه ونسأل من الله حسن التوفيق واصابة الحق بالتحقيق

كتاب النكاح وفيه ابواب

الاول في المقدمات قال قدس الله سره

والاقرب انه افضل من التخلي للعبادة لمن لم يتق نفسه اليه اقول نذكر هنا
مقدمة ومسائل ثلاثا اما المقدمة فنقول لفظ النكاح حقيقة شرعية في العقد لقوله
تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن
الآية ومجاز شرعي في الوطي فقيل لم يرد في الكتاب العزيز لفظ النكاح بمعنى الوطي خاصته
الا في قوله تعالى حتى تنكح زوجاً غيره وقيل حمله في الوطي لانه حقيقة لكونه والاصل عدم
النقل قال صاحب الصحاح النكاح الوطي وقد يقال العقد والوطي فيه واما
المسائل آ النكاح قد يجب اذا خشي من تركه الوقوع في الزنا لقوله تعالى فانكحوا ما طاب
لكم من النسا الى قوله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم قالوا امر استحباب لقوله
تعالى مثنى وثلاث ورباع وذلك ليس بواجب اجماعاً والواحدة مثلهن قلنا ممنوع بل
هو بيان افراد الكلي وحصره فيها والامر بالكلي تخيير بين الجزئيات وبيان للعدد الجائز
الذي هو موضوع للنكاح الكلي المامور به وانما يجوز في عدد معين قالوا
قال تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم والامر للواجب و
اجاب قوم بوجوب الكفاية وهو تحكم والحمل للاستحباب لما ياتي ب انه مستحب
لمن تاق نفسه اليه واجمعت الامة على ترجيح فعله حينئذ ومن لم يتق نفسه قال المصنف
وكثير من العلماء يستحب ايضاً لقوله عليه السلام تناكحوا تكثروا الحديث وهو عام وقال
الشيخ في المبسوط تركه له مستحب لقوله تعالى سيداً وحصوراً مدحه على الترك وكل

ممدوح عليه راجح واعلم ان موضوع هذا البحث للقادر عليه وذهب ابن حمزة الى انه كلما اجتمعت
القدرة على النكاح والشهوة له للرجل او المراة استحب له وكلما فقدا معاً كره له وان افترقا
لم يكره ولا استحب ج على القول بانه مستحب ان لم تتق نفسه اليه هل هو له افضل
من التخلي للعبادة او التخلي للعبادة افضل ولا قائل بالمساواة فالمصنف على الاول لعموم
الامر في قوله تعالى وانكحوا وعموم الخبر وقول الصادق عليه السلم ركعتان يصليهما
متزوج افضل من سبعين ركعة يصليها عزب الحديث ولانه اصل للعبادة وسبب لها لكونه
عبادة ولاشتماله على بقاء النوع منها بخلاف باقي مندوبات العبادات ولقول النبي صلى الله
عليه وآله وسلم شراركم عزابكم وهو يتناول المتخلي الاعزب وقال عليه السلم اراذل
موتاكم العزاب ولما رواه عبد الله بن ميمون القداح عن ابي عبد الله عليه السلم قال قال
رسول الله صلى الله عليه وآله ما استفاد امرؤ مسلم بعد الاسلام افضل من زوجة مسلمة تسره اذا نظر
اليها وتطيعه اذا امرها وتحفظه اذا غاب عنها في نفسها وماله قال قدس الله سره
ويجوز اكل ما نثر في العرس الا باذن اربابه نطقاً او بشاهد الحال ويملك حينئذ بالاخذ على
اشكال اقول نشا من عدم السبب الناقل عن ملكه شرعاً لكونه محصورة وليس
هذا منها ولان الاصل بقاء ملك المالك عليها ومن صيرورته مباحاً بالاعراض عنه والاذن
في اخذه فيملك بالاستيلاء كساير المباحات وفيه نظر لان لفظ المباح مشترك بين معنيين
ما لا ملك عليه ومحل الانتفاع به ومملوك اباح الشارع التصرف فيه باباحة المالك او بسبب
شرعي فان عنى بصيرورته مباحاً الاول فهو ممنوع وان عنى الثاني لم يتم الدليل
والغلط من اشتراك اللفظ واختار المصنف في المختلف عدم تملكه بالاخذ واختار الشيخ في
المبسوط انه يملك بالاخذ وسيأتي وجه كل واحد قال قدس الله سره يجوز النظر
الى وجه من يريد نكاحها وكفيها مكرراً واليها قائمة وماشية وان لم يستاذنها وبالعكس
وروي الى شعرها ومحاسنها وخلفها من فوق الثياب اقول لا نعلم خلافاً بين علماء
الاسلام في جواز النظر الى وجه امراة يريد نكاحها وكفيها مكرراً فشرط جواز النظر المذكور
ارادة نكاحها وامكانه عادة بالنظر الى حالها وحاله وخلوها من موانع النكاح حال النظر

لا اخذه
فان اسباب نقل الملك غير ما ذكر

وجه ما

كالعدة بالاجماع ووقته عند اجتماع بعض الشرايط وقيل عند تحريم الخطبة على الخطبة والاول
اصح ولا يشترط اذنها عندنا لاطلاق الخبر بالجواز لقوله عليه السلام من تاقت نفسه الى نكاح
امراة فلينظر منها الى ما يدعوه الى نكاحها وهو محتمل ثم نبيه عليه السلام لقوله لصحابي خطب امراة
انظر الى وجهها وكفيها والمراد بقوله يجوز الاباحة لا الاعم الشامل لها وللندب قالوا والنظر
امر مستحب لانتفاء الوجوب اجماعا فقيل مثل فاصطادوا ولا يجوز النظر الى غير ذلك لقوله تع
قل للمومنين يغضوا من ابصارهم والرواية بالنظر الى الشعر ما رواه عبد الله بن سنان قال
قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يريد ان يتزوج المراة فيجوز ان ينظر الى شعرها قال
نعم انما يريد ان يشتريها باغلى الثمن والرواية بالنظر الى المحاسن رواية غياث بن ابراهيم عن
جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام انه سئل في رجل نظر الى محاسن امراة يريد ان يتزوجها قال
لا باس انما هو مستام **قاعدة** في تحريم النظر واباحته فهنا مقامات **الاول**
في تحريمه وهو اقسام اربعة **القسم الاول** نظر الرجل الى المراة فنقول كل اجنبية لا يريد نكاحها
ولا حاجة الى النظر اليها يحرم النظر اليها ما عدا الوجه والكفين منها باجماع علماء الاسلام واما
الوجه والكفان فيحرم بتلذذ او خوف الفتنة اجماعا لقوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم
وان لم يخف الفتنة قال الشيخ يكره ولا يحرم لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها
وهو مفسر بالوجه والكفين وقال والدي في التذكرة يحرم النظر اليها كساير جسدها وهو
الاصح عندي لعموم الاية ولانه مظنة الشهوة ومظنة الفتنة لان الخثعمية اتت رسول الله
صلى الله عليه واله وهو في حجة الوداع تستفتيه في الحج وكان ابن عباس رديف رسول
الله صلى الله عليه واله فاخذ ينظر اليها واخذت تنظر اليه فصرف النبي عليه السلم وجه الفضل
عنها وقال رجل شاب وامراة شابة خشيت ان تدخل الشيطان بينهما لا يقال لا دلالة
فيه لانه عليه السلام صرح بخوف الفتنة ولا شك في تحريمه معه والمدعى عدم الخوف
لانا نقول علله بشبابهما وهو مظنة الشهوة وخوف الشيطان وهو لازم لعدم العصمة في
مثلهما ثم الكلام هنا في صور خمس **ا** الطفل الذي لم يظهر على عورات
النساء اي الذي لم يبلغ مبلغا يحكي ما يرى وحضوره كغيبته لا احتجاب منه ولا يجب

عليهم الاستتار عنه لقوله تعالى او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء ولو
بلغ هذا المبلغ فان لم يكن فيه ثوران شهوة او تشوق احتمل جواز نظره كما ينظر الرجل الى
محارمه كما ان له الدخول من غير استيذان الا في الاوقات الثلاثة قال تعالى ليستاذنكم
الذين ملكت ايمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات الاية والاصح عندي التحريم
لظهوره على عورات النساء **ب** الممسوح وهو المجبوب الخصي والاصح عندي انه كالفحل
فلا يحل له النظر الى الاجنبية وان كانت مالكة له وقواه الشيخ في المبسوط وعليه استقر راي
والدي قدس الله سره لعموم قوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم وقال بعض علمائنا
يجوز ان ينظر الى مالكته لقوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة من الرجال والجواب
المراد بغير اولي الاربة الشيخ الهم الذي عدمت شهوته بالكلية لما رواه احمد بن اسحق عن
الكاظم عليه السلام قال قلت له يكون الرجل الخصي يدخل على نسائي فيناولهن الوضوء
فيرى شعورهن فرى وترك الاستفصال مع قيام الاحتمال يدل على عموم المقال اما لوجب
مع سلامة خصيته او بالعكس فحكمه كالفحل اجماعا **ج** المملوك الفحل لا يجوز له النظر
الى مالكته اذ لم يكن محرما لعموم الاية وتشهد عليه السلام بقوله في قضية الخثعمية على العلة
وهي متحققة هنا وقال بعض هي كالمحرم لتحريمها عليه ولقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن
ولما رواه اسحق بن عمار انه سال الصادق عليه السلام اينظر المملوك الى شعر مولاته قال نعم
والى ساقيها والجواب ان التحريم قد يزول بعتقه وتحريم المحرم دايم والاية المراد بها الجارية
او المملوك الصغير لعموم قوله تعالى قل للمومنين وبقرينة التخصيص اولى **د** النظر الى الصبية
الصغيرة التي ليست في مظنة الشهوة الاجنبية جايز لانتفاء دواعي الشهوة ولكن لا يجوز النظر
الى فرجها **ه** العجوز التي بلغت في الكبر الى انتفاء الشهوة يجوز النظر اليها لقوله تعالى والقواعد
من النساء اللاتي لا يرجون نكاحا الاية وقيل يحرم لاختلاف الشهوات وليس بجيد لانه خلاف
التقدير **القسم الثاني** نظر المراة الى الرجل كنظر الرجل الى المراة لقوله تعالى قل للمومنات
يغضضن من ابصارهن ولما روته ام سلمة قالت كنت انا وميمونة عند النبي عليه السلام
فاقبل ابن ام مكتوم فقال احتجبا عنه فقلنا انه اعمى فقال النبي عليه السلام

اعميا وان انتما القسم الثالث نظر الرجل الى الرجل لا يجوز بشهوة وريبة لقوله تعالى قل
للمؤمنين يغضوا من ابصارهم وان خلا عن الريبة والشهوة جاز له ان ينظر اليه والى جسده عاريا ما عدا
العورة وهي القبل والدبر خاصة عند اكثر علمائنا وعند آخرين ما بين السرة والركبة عورة وليس
بجيد القسم الرابع نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى الرجل فيحرم لريبة وتلذذ ويجوز لها
النظر اليها من وراء الثياب ومجردة مع امن الفتنة فرع هل يجوز للذمية النظر الى المسلمة للشيخ
قول بالمنع وان كان الى الوجه والى الكفين لقوله تعالى او نسائهن وليست الذمية منهن قال والدي
الاقوى الجواز وهو الاصح عندي كنظر المسلمة الى المسلمة المقام الثاني في اباحة النظر ومحله اقسام
الاول الاجانب وقد تقدم فيما سبق القسم الثاني المحرم وهي كل امراة ملك وطؤها او حرم
مؤبدا بنسب او رضاع او مصاهرة بعقد او ملك يمين لا بغير مسئلة يباح النظر الى الوجه والكفين
والقدمين من المحارم المذكورين باجماع الامامية ومن غيرهم ممن حرم بالمصاهرة منهن باجماع الامة
ويحرم النظر الى القبل والدبر من المحارم في غير الضرورة باجماع الامة واما الضرورة كمباشرة
العلاج وشهادة الايلاج فيجوز واما غير ذلك من البدن فاقسام ثلثة آ الذي حال
الارضاع وهو ملحق بالوجه لشدة الحاجة اليه ومشقة الاحتراز عنه اختاره والدي قدس الله سره
وبه اقول انا ب الذي لا في حال الارضاع جـ ساير البدن غير ما ذكرنا وفي هذين
القسمين خلاف قيل بالاباحة لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن او ابائهن او اباء
بعولتهن الآية وقيل بالتحريم لعموم قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم واختار والدي
في التذكرة الاول وهو الاباحة وهو الاقوى عندي ودفع المطلب الثالث في الرضاع من كتاب القواعد
الثاني وهو التحريم تذنيب كلما يحرم النظر اليه يحرم لمسه وما يباح من الاجنبية يحرم
اختيارا لمسه اجماعا لانه اقوى في التلذذ والاستمتاع من النظر ولهذا لا يبطل الصوم بالانزال
المستند الى النظر ويبطل لو استند الى الملامسة واما المحارم فيجوز لمس الوجه والكفين
والقدمين من المحارم واما غير ذلك لا لضرورة فعلى القول بالاباحة في تحريم لمسه قولان
احدهما يحرم لانه لا ضرورة اليه وثانيهما لا يحرم وهو اختيار والدي في التذكرة
وهو الاصح عندي قال قدس الله سره والعضو المبان كالمتصل على اشكال

اقول

اقول تقرير هذه المسئلة ان ما لا يكون النظر اليه وهو متصل هل يحرم النظر
اليه بعد الانفصال قال المصنف فيه اشكال ينشأ من ثبوت التحريم قبل الانفصال
والاصل بقاؤه وعموم النهي عن النظر الى اعضاء الاجنبية وعموم الامر بغض البصر ومن انه ليس
محل الشهوة ولانه جسم عديم الحيوة فكان كساير الجمادات والاصح عندي الاول قال
قدس الله سره ولو اجابت خطبة زيد ففي تحريم خطبة غيره نظر اقول وجه النظر ما روي عن النبي
عليه السلام لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولانه دخول في سوم المؤمن وهو منهي عنه والنهي
يقتضي التحريم واجيب بمنع صحة السند والمقدمة الاولى والثالثة في الثاني واحتجوا
باصالة الاباحة تنبيه الاجابة التي تحرم على القول بالتحريم هي التصريح بان تقول
اجبتك الى ذلك او تاذن لوليها في التزويج منه ولو بالسكوت كما في البكر وهي معتبرة اذنها
واما التعريض كقولها لا رغبة عنك فيكره وقيل يحرم لاطلاق الخبر وليس بجيد والاصح عندي
الكراهة في الكل واجابة الولي من المولى عليها كاجابتها ولو لم يعلم بالاجابة لم يحرم ولم يكره
ايضا قال قدس الله سره والمندوبة على خلاف اقول يحرم الصدقة الواجبة على
الرسول اجماعا وبني هاشم وفي القربى لكن التحريم عليهم بسببه فلهذا عد من خواصه و
لتحريمها عليه من بني هاشم وغيرهم خلاف او في القربى عندنا فالتحريم الكلي مختص به عليه السلم
وهل يحرم المندوبة توقف الشيخ في المبسوط وجزم في الخلاف بالاباحة وليس هنا موضع بحثه

الباب الثاني في العقد وفيه فصلان الاول في اركانه مقدمة

كل عقد لازم وضع الشارع له صيغة مخصوصة بالاستقراء والنكاح عقد لازم قد وضع الشارع
له الفاظا خاصة واتفق الكل على صيغتين زوجتك قال تعالى زوجناكها
وانكحتك وقوله تعالى وانكحوا ما طاب لكم من النساء وقال تعالى ولا تنكحوا ما نكح
اباؤكم ثم اختلفوا في غيرهما فذهب الشيخ في المبسوط والسيد المرتضى وابن الجنيد
وابن ادريس والمصنف في المختلف الى انحصار الصيغة فيهما ومنع غيرهما وجوز آخرون
متعتك وقال ابن حمزة يجوز بغير العربية مما يؤدي معناه قال قدس الله سره
ولو قصد بلفظ الامر الانشاء قيل يصح كما في خبر سهل الساعدي اقول

القائل بالصحة الشيخ ابو جعفر الطوسي رحمه الله في المبسوط والخبر المذكور رواية
سهل بن سعيد الساعدي ان الواهبة نفسها للنبي عليه السلام لما لم تقبل النبي عليه
السلام نكاحها قام رجل فقال زوجنيها يا رسول الله فقال زوجتكها بما معك من
القران الحديث وهو يدل ايضا على جواز تقديم القبول وجواز كون تعليم القران مهرا
وكون النبي عليه السلام اولى بالمؤمنين من انفسهم وعدم وجوب تقديم الخطبة قالوا
النبي لا يترك المندوب قلنا بل لبيان كونه مندوبا وقال المصنف في المختلف و
ابن ادريس لا يصح بلفظ الامر وهو الاصح لانه ليس بموضوع للانشاء والمجاز لا يكون سببا
فيما الحقيقة سبب فيه قالوا اشترك قلت المجاز خير منه قال قدس الله سره ولو قال
اتزوجك بلفظ المستقبل منشئا فقال زوجتك جاز على رأي اقول الاصح مذهب المصنف
في المختلف انه لا يصح لبعده عن الانشاء واحتماله الوعد وهو اختيار ابن حمزة وقيل يجوز لما دل عليه خبر
ابان بن تغلب في المتعة اتزوجك متعة فاذا قالت نعم فهي امرأتك ومنع صحة السند والدلالة
قال قدس الله سره ولو قال زوجت بنتك من فلان فقال نعم بقصد اعادة اللفظ للانشاء
فقال الزوج قبلت صح على اشكال اقول ينشأ من ان نعم صريحة في اعادة ما تقدم
من السؤال بمعنى الماضي فهي صريحة في زوجت بنتي من فلان فكانه قاله ولان القصد
في الصريح صريح ومن حيث ان العقد سبب شرعي فيتبع فيه النص والالفاظ المجمع عليها
زوجتك وانكحتك ومتعتك على اختلاف فيها وغيرها قياس في الاسباب والقياس عندنا باطل
مطلقا وفي الاسباب عند الكل ولا نسلم ان الصريح من الصريح سبب تام
فيما الصريح سبب تام فيه والاقوى عندي انه لا يصح لان المعتبر نفس الصيغة المخصوصة
بمادتها وصورتها فكلما عداها غير معتبر لان اقامة غير السبب مكانه من
الاغلاط وهو اختيار المصنف في المختلف قال قدس الله سره ولو ادعى
زوجية امرأة وادعت اختها زوجيته واقاما بينة حكم لبينته ان كان تاريخها
اسبق او كان قد دخل بها والا حكم لبينتها والاقوى الافتقار الى اليمين على التقديرين
الا مع السبق اقول هذه المسألة منصوصة فلذلك حكم بها وانما حكم لبينتها

مع

مع الدخول وتاخرها لشهادة الظاهر والاصل النص عليها وان لم يكن تاريخها اسبق ولا
دخل بها ففيه صورتان آ ان يكون تاريخه اسبق فيحكم له بلا اشكال ب
ان يقترن التاريخان فيقدم بينته وهذا خلاف الاصل لكن النص عليه وفي
تقديم البينة تقديران احدهما تقديم بينة المراة والثاني تقديم بينة الرجل واليمين
على التقديرين وعلى كل واحد من التقديرين اما ان يكون المقدم سابق التاريخ او لا فكلما
كان المقدم سابق التاريخ لم يحتج الى اليمين قطعا واذا لم يكن سابق التاريخ كما في تقديم
بينتها على تقدير الدخول بها واتحاد تاريخ البينتين او الحكمه او تاخر تاريخ بينتها وتقديم
بينته مع اتحاد تاريخ البينتين وعدم الدخول يحتمل الاحتياج الى اليمين لان مقتضى
القاعدة الكلية ان مع اتحاد التاريخ التساقط وسقوط متاخر التاريخ فضعفت البينة
لذلك واحتاجت الى اليمين لتقويتها والزوج منكر ولم يتقدم تاريخ بينتها فكان
عليه اليمين جمعا بين النص والقاعدة الكلية المنصوصة ويحتمل عدم الاحتياج
الى اليمين لان النص جاء على الحكم بالبينة ولم يشترط اليمين فلو شرطت
اليمين لزم اقامة جزء السبب مقامه وهو ممنوع منه قال قدس الله سره وفي
استحباب الحكم في مثل الام والبنت اشكال اقول ينشأ من عموم النص
عليه وكلما هو خلاف الاصل يقتصر به على صورة النص ومن اتحاد صورة الدعوى
ولا مدخل للاخوة في هذا الحكم بل انما هو لتحريم الجمع وهو مشترك وهذا الاحتمال
عندي في غاية الضعف لان تعديه الحكم من المنصوص عليه الى غيره لمعنى
مشترك هو القياس الممنوع منه ولان الاسباب لا يتعدى فيها النص

الفصل الثاني في الاولياء وفيه مطالب الاول في اسبابها
مقدمتان آ لما كان صحة النكاح في بعض الصور عندنا وفي الكل عند
المخالف موقوفا على صدوره عن الولي كان البحث عن الولي من مقدمات النكاح
فلذلك نبحث عنه هنا ب شرط الولي على المسلم الاسلام وحكم المسلم عام
مقدم على ولاية الذمي فالجد المسلم اولى بالولاية على الكافر والمسلم من الاب

الكافر كما لو اسلم الجد وابنه وبنته البكر البالغان الكافران اوكانت بنت
لابن البالغ الكافر صغيرة ثم اسلم الجد وقلنا لا يتبعه في الاسلام و بالعكس كما لو اسلم
الابن وبنته البكر البالغة رشيدة باقية على الكفر وابوه كافر قال قدس الله سره
وهل يشترط في ولاية الجد بقاء الاب الاقرب لا اقول ثبوت ولاية النكاح
للجد للاب مع بقاء الاب لم يعرف فيه مخالفا من الاصحاب الا ابن ابي عقيل فان
الظاهر من كلامه نفيه فانه قال الولي الذي هو اولى بنكاحهن هو الاب
دون غيره من الاولياء وليس بجيد لقول الصادق عليه السلام الذي بيده عقدة النكاح
هو ولي امرها ثم اختلف القائلون بالولاية في مقامين آ البكر البالغ الرشيدة هل
عليها ولاية ام لا وليس هنا موضع بحثه ب هل يشترط في ولاية الجد بقاء الاب
قال الشيخ والصدوق رحمهما الله نعم وهو اختيار ابن الجنيد وابي الصلاح وابن
البراج وقال المفيد والمرتضى وسلار وابن ادريس لا وهو اختيار المصنف وهو
الاصح عندي احتج الاولون بما رواه ابن ابي يعفور عن الصادق عليه السلام قال لا تزوج
ذات الاباء من الابكار الا باذن ابيها وما رواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلم
قال لا يستامر الجارية اذا كانت بين ابويها ليس لها مع الاب امر وقال يستامرها
كل واحد ما عدا الاب احتج الاخرون بما رواه عبيد بن زرارة في الموثق قال
قلت لابي عبد الله عليه السلام الجارية يريد ابوها ان يزوجها من رجل ويريد جدها
ان يزوجها من رجل فقال الجد اولى بذلك فعلمت من هذه الرواية ان ولاية الجد
اقوى والاضعف ليس شرطا في الاقوى واجابوا عن حجة الشيخ بحمل الروايات
على الكراهة جمعا بين الاحاديث ولقايل ان يقول الصحيح مقدم على الموثق

المطلب الثالث في المولى عليه قال قدس الله سره ولو تزوج بغير اذن فسد فان
وطي وجب مهر المثل على اشكال اقول اي اذا تزوج السفيه بغير اذن الولي فسد فان
وطي قال المصنف هنا وجب مهر المثل اشكال ومنشاوه انا انما ابطلنا العقد
لئلا يجب عليه مهر بسببه فلو اوجبنا عليه المهر لا ينتفي المقتضي لبطلان العقد

والحكم

والحكم اذا رجع على اصله بالابطال لم يصح وفيه نظر لان الحكم عدم الوجوب بالعقد
والثابت هنا الوجوب بالجناية ويحتمل وجوب مهر المثل لان العقد لا يقصر عن الشبهة
فقد استوفى منافع البضع استيفاء غير محرم مع بطلان العقد فيجب مهر المثل ويحتمل وجوب
اقل الامرين لان مهر المثل ان زاد عن المسمى لزم من ابطاله حفظ المال ضياع
ذلك المال وازيد منه فينتفي الحكمة وللاصحاب في هذه المسألة اقوال ثلاثة آ قال
الشيخ في المبسوط عن قوم لم يقال ونحن نقوى لانها هي المتلفة لبضعها بتسليمها نفسها
ج ان كانت عالمة بحاله لم يكن لها عليه شيء وان لم يكن عالمة كان لها عليه مهر المثل
وهو اختيار ابن البراج واعلم انه لا بد وان يكون جاهلة بتحريم الوطي فانها لو علمت
بطلان العقد وتحريم الوطي كانت زانية فلا يثبت لها شيء قطعا قال قدس الله
سره ولو لم ياذن الولي مع الحاجة اذن له السلطان فان تعذر ففي صحة استقلاله
نظر اقول منشاه من ان له النكاح ويتولاه غيره فاذا تعذر غيره وهو الذي
له ان يتولاه كان له توليته بنفسه والا لزم الضرر وهو منفي لقوله عليه السلام لا ضرر
ولا اضرار ولانه قد يؤدي الى الزنا وحفظ الدين اولى من حفظ المال والى لزوم
الحرج العظيم وهو منفي لقوله تعالى ما جعل عليكم في الدين من حرج ومن حيث انه
ليس له ان يتولاه لسلب الشارع الولاية عنه وذكر الشيخ الطوسي فيه الوجهين
في المبسوط والاصح عندي جواز ان يتولاه بنفسه لما ذكرنا قال قدس الله سره
وامة المراة تزوجها سيدتها ولا يحل نكاحها من غير اذن سواء المتعة والدائم على
راي اقول هذا اختيار المفيد وابن ادريس خلافا للشيخ في النهاية حيث
جوز المتعة بها بغير اذن المالكة لكن الافضل عنده استيذانها ثم رجع الشيخ عن هذا
القول لنا قوله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن ولانه تصرف في ملك الغير بغير
اذنه فلا يصح احتج الشيخ بما رواه سيف بن عميرة عن علي المغيرة في الصحيح قال سالت
ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتمتع بامة امراة بغير اذنها قال لا باس
بدو الجواب ان سيف بن عميرة في المنقطع والدائم اقول للاصحاب هنا

اقوال خمسة ا انه لا ولاية على البكر مطلقا اضطرارا في الواسطة وعدمها قال قدس الله سره
والاقرب استقلال المعتقة في المرض بالتزويج اقول وجه القرب انه جعل لها جميع التصرفات
التي للحرة في نفسها فكان كالاذن له صريحا في النكاح لان دلالة العام على كل واحد من
افراده مع عدم المخصص حجة كالنص ويحتمل العدم لانه معلول للحرية في الكل والجهل
بالعلة يستلزم الجهل بالمعلول قال قدس الله سره ولا ولاية على البالغة الرشيدة الحرة
وان كانت بكرا على الاصح في المنقطع والدائم اقول للاصحاب هنا اقوال آ
انه لا ولاية على البكر البالغة الرشيدة في الدائم والمنقطع بل امرها بيدها وهو اختيار
والدي المصنف والمرتضى وابن الجنيد وسلار واحد قولي المفيد ب الولاية على البكر
البالغة الرشيدة للاب وجدها اختاره الشيخ في النهاية وابن بابويه وابن ابي عقيل ج
الولاية مشتركة بينها وبين ابيها فليس لاحدهما الاستقلال به وهو احد قولي المفيد د الولاية
مشتركة بينها وبين ابيها وجدها وليس لاحدهم الانفراد به وهو اختيار ابي الصلاح ه ان لها ان
تنكح نفسها متعة بدون اذن ابيها لكن لا يطأها في الفرج ذكره الشيخ رواية في النهاية واختاره
ابن البراج والحق عندي اختيار والدي المصنف لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره جعل
النكاح اليها وهو عام في [illegible] لها وغيرها وما رواه منصور بن حازم في الصحيح عن الصادق
عليه السلام قال تستأمر البكر وغيرها ولا تنكح الا بامرها ولما رواه زرارة عن
الباقر عليه السلام قال اذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع وتشتري وتعتق وتشهد وتعطي
من مالها ما شاءت فان امرها جائز تزوج ان شاءت بغير اذن وليها فان لم تكن كذلك فلا
يجوز تزويجها الا بامر وليها جعل ولاية المال مدار الولاية النكاح وجودا وعدما احتج
الشيخ بما رواه ابن ابي يعفور في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال لا تزوج ذوات الآباء
من الابكار الا باذن ابائها ورواية زرارة لا ينافي ضعفها الا ان الصحاح مقدمة على غيرها واحتج
من جمع بالجمع بين الروايات المطلب الرابع الكفاءة معتبرة في النكاح قال
قدس الله سره ويجوز للمؤمن ان يتزوج من شاء من المسلمات وليس له ان يتزوج بكافرة
حربية اجماعا وفي الكتابية خلاف اقربه جواز المتعة خاصة اقول اتفق الاجماع

على

على تحريم من عدا الكتابيات من الكفار واما الكتابيات فقسمان احدهما اليهود والنصارى
وللاصحاب هنا اقوال ستة آ تحريم نكاحهن بكل انواع النكاح وهو اختيار
المرتضى والشيخ في كتابي الاخبار والظاهر من كلامه في الخلاف والمبسوط فانه جعله
مذهب المحصلين من اصحابنا وهو احد قولي المفيد ايضا وقول ابن ادريس ب انه يباح
المتعة اختيارا والدائم اضطرارا ويحرم اختيارا وهو اختيار الشيخ في النهاية وابن حمزة وابن
البراج ج يجوز بملك يمين لا بعقد نكاح وهو احد قولي المفيد في باب عقد الاماء د يباح متعة
وملك اليمين ويحرم الدائم وهو اختيار ابي الصلاح وسلار ه تحريم نكاحهن مطلقا اختيارا
ويجوز مطلقا اضطرارا وهو اختيار ابن الجنيد و صحة نكاحهن بكل انواع النكاح
وهو قول ابن بابويه وابن ابي عقيل والاول وهو التحريم مطلقا هو الصحيح عندي والذي
استقر عليه رأي والدي المصنف عليه في البحث لنا وجوه آ انهن مشركات وكل
المشركات نكاحهن حرام فنكاح اليهودية والنصرانية حرام اما الصغرى فلقوله تعالى
وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى قوله تعالى سبحانه عما
يشركون فسماهم مشركين وقوله تعالى اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله
والمسيح ابن مريم واما الكبرى فلقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن والجمع
المحلى باللام الجنس للعموم ب النكاح يستلزم العصمة وهو ظاهر اذ بين الزوجين عصمة
وكل تمسك بكل واحد واحد من عصم الكوافر حرام لقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر
والجمع المضاف للعموم ج قوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة والاستواء
كلي شامل للاستواء من كل وجه ومن بعض الوجوه ونفي الكلي انما يصدق بنفي كل
جزئياته ومن جملتها الاستواء في الكفاءة د النكاح مستلزم للمودة لقوله تعالى وجعل
بينكم مودة ورحمة وكل مودة لكل كافر حرام لقوله تعالى لا تجد قوما يؤمنون
بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله الآية لا يقال الكبرى ليست كلية
لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان
تبروهم وتقسطوا اليهم الآية لانا نقول هذه الآية منسوخة الحكم ولكل من باقي الاقوال

ح وقد ذكرها والدي المصنف قدس الله سره في المختلف واجاب عنها القسم الثاني
المجوسية واختلف فيها فكل من منع من اليهودية والنصرانية منع منها قطعا والقايلون
بالجواز ثمة اختلفوا في المجوسية فمنع بعضهم واجاز الاخرون وياتي تمام البحث فيها. قال
قدس الله سره وهل التمكن من النفقة شرط قيل نعم والاقرب العدم اقول اختلف
الناس في التمكن من النفقة على اقوال أ انه شرط وهو قول الشيخ في المبسوط ب ليس
بشرط وهو اختيار والدي المصنف والشيخ في النهاية وابن الجنيد وابن البراج وابن حمزة ج
انه ليس بشرط لكن للمراة خيار الفسخ مع عدم اليسار بنفقتها اختاره ابن ادريس والاصح عندي
اختيار والدي المصنف لقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم
ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله ولا فائدة في الامر هنا مع تسلط المراة على الفسخ ولما روي
عن علي عليه السلم عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال اذا جاءكم من ترضون خلقه
ودينه فزوجوه وروي انه قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم في جواب رجل ساله قال
يا رسول الله لمن تزوج قال الاكفاء فقال يا رسول الله من الاكفاء قال المؤمنون بعضهم
اكفاء بعض الحديث ولا يجوز التعريف بالاعم بل بالمساوي في العموم والخصوص قال
قدس الله سره ولو تجدد عجزه فالاقرب عدم التسلط على الفسخ اقول على القول بان اليسار
بالنفقة شرط في لزوم العقد فمع تجدد العجز تتسلط على الفسخ واما على القول بالعدم
فيحتمل ذلك لانه ضرر عظيم على المراة ونقله ابن ادريس عن بعض علمائنا والاقرب العدم
لان النكاح عقد لازم والاصل البقاء ولقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وهو
عام احتج الاخرون بقوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان والامساك مع تعذر
الانفاق ليس بامساك بمعروف فتعين الاخر واذا تعذر صدوره من الزوج فسخ الحاكم لانه
الولي ونقل شيخنا نجم الدين بن سعيد عن بعض علمائنا ان الحاكم يبينها وبما رواه ربعي والفضيل
بن يسار جميعا عن ابي عبد الله عليه السلام قال ان انفق عليها ما يقيم حياتها مع كسوة
والا فرق بينهما قال قدس الله سره ولو انتسب الى قبيلة فبان من غيرهم فالاقرب
انتفاء الفسخ اقول قال الشيخ في النهاية اذا انتمى الرجل الى قبيلة وتزوج فوجد على

خلاف

خلاف ذلك بطل التزويج واختاره ابن الجنيد وابن حمزة وجعله ابن البراج في كتابه معا رواية
وقال في المبسوط الاقوى انه لا خيار لها ومن الناس من قال لها الخيار وقد روي
ذلك في اخبارنا وقال ابن ادريس ليس لها الفسخ لاصالة البقاء ولقوله تعالى اوفوا بالعقود
ثم قال انه تدليس يرد به من حيث التدليس بالشرط وفرق بين التدليس والعيب بان العيب
يرد به وان لم يشترط السلامة منه في حال العقد بل بمجرد العقد يرد بعيب الخلقة واما
التدليس فاذا اشترط في نفس العقد وخرج خلافه فانه يرد به النكاح وقال المصنف
في المختلف اذا انتسب الى قبيلة فبان من ادنى منها بحيث لا يلايم شرف المراة كان لها الخيار
في الفسخ واحتج بما رواه الحلبي في الصحيح قال في رجل يتزوج المراة فيقول انا من بني
فلان فلا يكون كذلك قال يفسخ النكاح او قال يرد والاقوى عندي انه لا فسخ
ان لم يشترط في نفس العقد وان شرط كان لها الفسخ لان الاصل بقاء النكاح قال قدس الله
سره وكذا كل من عليه ولاية على النكاح الا الامة فان لها الخيار بعد العتق وان زوجها الاب
على اشكال اقول المسالة هي ان الجارية المملوكة الصغيرة اذا زوجها ابوها الحر باذن
مولاها ثم اعتقت بعد بلوغها هل لها الفسخ ام لا قال والدي المصنف فيه اشكال
نشا من انها صغيرة زوجها ابوها فتدخل تحت عموم عدم الفسخ ولان الفسخ انما هو لعقد
عقده المالك وهنا عقده الاب ومن ان الاب قد ارتفعت ولايته بولاية المولى وقد زوجها
نيابة عن المولى فلا يؤثر الابوة في ثبوت الولاية والتحقيق ان نقول هذه المسالة مبنية
على مسالتين احديهما ان ولاية الاب هل هي مسلوبة عن المملوكة او ممنوعة بحق المولى
فعلى الاول لها الفسخ وعلى الثاني يحتمل ان باذن المولى زالت مانعية حقه فاثر السبب
ويحتمل ان يقال لا يزول المانعية بالاذن لان المقتضي للمانعية الرقية وهي لم تزل
ولان الرقية سبب موثر في ثبوت الولاية فلو كانت الابوة موثرة ايضا لزم اجتماع
علتين تامتين على معلول واحد شخصي وهو محال والاب انما عقد نيابة ووكالة عن
المولى وهو يوجب خيار الفسخ بعد العتق وثانيهما ان الاسباب الشرعية هل هي علل موثرة
او علامات فعلى الاول لها الفسخ وعلى الثاني لا لامتناع اجتماع التاثيرين في الاول وصحة

اجتماع العلامتين وولاية كل واحد منهما ولاية تامة مجامعة للاخرى والاصح عندي ان
لها الفسخ لانه لا اعتبار بالابوة حال العقد قال قدس الله سره ولكل من الاب والجد
تولي طرفي العقد وكذا غيرهما على الاقوى الا الوكيل فانه لا يزوجها من نفسه الا اذا اذنت
فيصح على راي اقول هنا مسئلتان آ هل لشخص واحد ان يتولى طرفي عقد النكاح
بوكالة عن الزوج وعن الزوجة او بوصية عن ابيهما او بالتفريق الاصح عندي والذي اختاره المصنف
وعندي الجواز اذ الاصل عدم ما ينفيه احدى الوكالتين للاخرى اذ المانع هنا حكم شرعي
لا يثبت الا بالنقل كالسببية والشرطية ونقل عن بعض علمائنا المنع ب لو وكلته في
ان يزوجها من نفسه قال والذي اختاره المصنف يصح وهو الاصح عندي وهو اختيار ابن الجنيد للاصل
ولانه عقد صدر من اهله في محله فكان لازما كغيره ولقوله تعالى اوفوا بالعقود ونقل عن
بعض علمائنا المنع لما رواه عمار الساباطي قال سالت ابا الحسن عليه السلام عن امراة تكون في
اهل بيت فتكره ان يعلم بها اهل بيتها ايحل لها ان توكل رجلا يريد ان يتزوجها تقول له
قد وكلتك فاشهد على تزويجي قال لا قلت جعلت فداك وان كانت ايما قال وان كانت
ايما قلت وان وكلت غيره بتزويجها منه قال نعم ولانه يلزم ان يكون موجبا قابلا والجواب
ضعف سند الرواية وعدم دلالتها على المنع لان المتيقن الاكتفاء بقولها وكلتك فاشهد
ومنع استحالة اللازم في الباقي قال قدس الله سره ولو زوج الولي بدون مهر المثل فالاقرب
ان لها الاعتراض اقول لانه معاوضة محضة لجواز اخلاء العقد عن ذكر المهر ولان
المقصود في النكاح النسل وكف النفس عن الشهوة والمهر تابع ولان له العفو عنه لقوله
تعالى الا ان يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاح والاقوى عندي هو الاقرب عنده والذي
قال قدس الله سره ولو زوج الفضولي وقف على الاجازة من المعقود عليه ان كان
حرا رشيدا او من وليه ان لم يكن ولم يقع باطلا من اصله على راي اقول اختلف
الناس في ان عقد النكاح هل يقع موقوفا على الاجازة او لا على اقوال ثلثة آ انه يقع
موقوفا كما اذا زوج الفضولي فان اجاز من عقد عنه الفضولي صح والا فلا وهو قول
المفيد والمرتضى والشيخ في النهاية وابن ابي عقيل وسلار وابن البراج وابي الصلاح وابن ادريس

واضرار ونقل عن بعض العلماء عدم الاعتراض لانه ليس معاوضة محضة

والذي

والذي اختاره المصنف ب انه لا يقف على اجازة بل اما ان يقع لازما اي لا يتوقف اباحة
الوطي على اجازة او يبطل فعقد الفضولي باطل من اصله وهو اختيار الشيخ في الخلاف والمبسوط
ج قول ابن حمزة انه يقع موقوفا في تسعة مواضع وهي عقد البكر الرشيدة مع حضور الولي
على نفسها وعقد الاب على ابنه الصغير وعقد الام عليه وعقد الجد مع عدم الاب وعقد الاخ
والام والعم على صبية وتزويج الرجل عبد غيره بغير اذنه وتزويج العبد بغير اذن سيده فان
اجاز الولي او المعقود له او عليه او سيده صح والا انفسخ والذي افتى به بطلان عقد الفضولي
مطلقا لان العقد سبب الاباحة فلا يصح صدوره من غير معقود عليه او ولي ولان رضا
المعقود عليه او وليه شرط والشرط لا يتاخر عن المشروط ولانه يصدق انه نكحت
بغير اذن وليها اذ النكاح حقيقة في العقد اجماعا وكل نكاح وقع على بغير اذن وليه
باطل لقول النبي عليه السلام ايما امراة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل احتج
والذي بما رواه ابن عباس ان جارية بكرا اتت النبي صلى الله عليه وآله فذكرت ان
اباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وآله وما رواه محمد بن مسلم عن الباقر
عليه السلام عن رجل زوجته امه وهو غائب قال النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل
وان شاء ترك الحديث والجواب عنهما معا المنع من صحة السند ولان الفرج اصعب من المال
ويبطل عقد الفضولي في المال لان التصرف في مال الغير بغير اذنه قبيح عقلا فالفرج
اولى قال قدس الله سره ولو زوج الاب او الجد له الصغيرين فمات احدهما ورثه
الآخر ولو عقد الفضولي فمات احدهما قبل البلوغ بطل العقد ولا مهر ولا ميراث ولو بلغ
احدهما واجاز احلف على عدم سببية الرغبة في الميراث وورث فان مات بعد
الاجازة وقبل اليمين فاشكال اقول نشا من اشتراط الميراث بالمجموع وهو
يفوت احد اجزائه اذ عدم الجزء موجب لعدم الكل من حيث هو كل ومن انه قد
حصل مقتضيان آ ان العقد اذا اجازه احدهما ومات لم يبطل مطلقا بل يكون لازما
فان اجازه الآخر حكمنا بصحته لانه لو حلف لورث فلو كان الموت مبطلا مطلقا
لم يورث اليمين في صحته ب الميراث تابع للصحة لان العقد علة في الميراث بشرط الصحة

بتوابع

وبطلان العلة يستلزم بطلان المعلول فاذا حكم بصحته مع الاجازة حكمنا بالميراث لانه تابع
للنكاح الصحيح وهذا انما ياتي مع القول بكون الاجازة كاشفة وعندي ان هذه المسئلة
ليس فيها اشكال بل لا يرث قطعا لان ارثه مع اليمين على خلاف الاصل وكلما هو على
خلاف الاصل فانه يقتصر فيه على موضع النص ولم يرد نص على الميراث مع عدم اليمين هنا
فلا ميراث **قال** قدس الله سره ولو نكل عن اليمين ولو نكل ففي المهر وتوريثه منه
اشكال **اقول** هنا مسئلتان **آ** ثبوت المهر في ذمته ومنشأ الاشكال اعترافه
بثبوت النكاح فيحكم عليه به وبما يلزمه وهو المهر ووقوف لزوم النكاح على اليمين
ولم يحصل **ب** انه على تقدير عدم ثبوت ارثه منه اشكال ينشأ من انهما معلولا علة
واحدة هي النكاح ولزومه وثبوت احد المعلولين يستلزم ثبوت الآخر لاستحالة وجود
المعلول بدون علته واستحالة تخلف المعلول عن علته فثبوت المهر وعدم ارثه منه لا يجتمعان
ومن توقف الارث على اليمين بالرواية المذكورة ولم يحلف فلا يرث ولانه لو ورث منه لورث
من كل التركة لعدم فرق الامة بينهما والاقوى سقوط قدر نصيبه منه عنه لان النكاح
اما صحيح فيحب الارث فيسقط عنه بقدره او باطل فيسقط الكل فعلى كل تقدير
يسقط قدر نصيبه ولو كان عينا محققا ملكيته قدر نصيبه فقدر نصيبه مملوك له قطعا
وانما الاشتباه في سببه لا غير **قال** قدس الله سره وفي انسحاب الحكم من البالغين
اذا زوجهما الفضولي اشكال اقربه البطلان **اقول** منشأ من ان الحكم في الصغيرين
باعتبار مباشرة الفضولي العقد وهو هنا ثابت ومن عدم النص عليه والاصح عدم الانسحاب
وبطلان العقد بموت احدهما قبل اجازته وقبل اجازة الآخر وهو مستبعد لانه على خلاف
الاصل فلا يتعدى محل النص **قال** قدس الله سره ولو تولى الفضولي احد طرفي
العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة فلو كان زوجا حرم عليه الخامسة والاخت
والبنت الا اذا فسخت على اشكال في الام **اقول** معناه لو عقد على البنت الفضولي
عنها وباشر الرجل القبول ثم فسخت البنت هل تحل الام بفسخها اشكال ينشأ من تحريمها
بنفس العقد الصحيح اللازم وقد ثبت من جهته فانه ليس له فسخه فترتب احكامه عليه بالنسبة

اليه

٢٧١

اليه ومن ان الفسخ هنا رفع النكاح من اصله وكانه لم يوجد وايضا فلانه انما يحرم اما
بالدخول او بالعقد الصحيح والاول منتف والثاني لا يتم الا بايجاب وقبول ولا يتم باحدهما قطعا
ومن شرط صحة كل واحد منهما صدوره عن المالك او وكيله او وليه او اجازته عند بعضهم ووقوع
الايجاب ضد الصحة فيكون باطلا فيكون وجوده كعدمه في ثبوت الاحكام فلا اعتبار بالقبول
اذن وهو المطلوب وهذا هو الاصح عندي لان الاجازة اما شرط او جزء على اختلاف
القولين **قال** قدس الله سره وفي الطلاق نظر لترتبه على عقد لازم فلا تبيح المصاهرة
اقول منشأ النظر ذكره المصنف وجوابه وهو ان الطلاق يترتب على عقد لازم لانه
رفع نكاح ثبت بصيغة انت طالق والنكاح لم يثبت فلا يصح الطلاق فلا يبيح المصاهرة ولان
الطلاق قطع لاستدامة النكاح الثابت ومجرد عقد الفضولي لا يثبت النكاح والا لكان الفضولي
وليا هذا خلف ولان الطلاق لا يقع موقوفا على الاجازة بل اما باطل في نفسه او لازم فلزومه لازم لصحته
وشرطه ثبوت النكاح قبله والنكاح معلول للاجازة على القول بها او للاذن ابتداء وثبوت المعلول
من دون العلة محال ومن انه لازم من جهته ولما نوى الى نفسه بالطلاق ولان ثبوت نكاح ولزومه
ليس للزوج المكلف الطلاق منه قبل الدخول لا يتصور ولم يرد به الشرع وعلى القول بان الاجازة
لنكاح الفضولي كاشفة عن لزومه والفسخ كاشف عن فساده ويكون الطلاق مراعا فاذا طلق الزوج
حكمنا بعلم النكاح بعده لانه اما ان يجيز من عقد عنه الفضولي اولا وعلى الاول يقع الطلاق للمقدمتين
المذكورتين فيبين المراد به وان فسخ النكاح بنا بطلانه فحكمنا ببطلانه في المستقبل ويلزم من ذلك
اباحة المصاهرة بعده لكن المقدمتين المبني عليهما هذا الدليل ضعيفان وعلى القول بان
الاجازة شرط او سبب هذا الدليل فاسد والا لوقع الطلاق موقوفا وهو باطل اجماعا والتحقيق
انه لو صح الطلاق لزم احد الامرين اما وقوف الطلاق على الاجازة او لزوم النكاح للمراة من
غير رضى ولا اجازتها واللازم بقسميه باطل والملزوم مثله بيان الملازمة ان بعد الطلاق اما ان
يبقى لفسخ المراة اثر في رفع النكاح اولا فان لم يكن فقد صار لازما لزوم النكاح لها اذ الطلاق من توابع
النكاح وهو علة محدثة له وان كان له اثر فاثره رفع النكاح من اصله وكانه لم يوجد فيبطل الطلاق
لانه من آثاره ومبني على صحته ولزومه فيكون الطلاق موقوفا واما بطلان اللازم فاجماعي

وايضاً لو صح الطلاق لتوقف استباحة نكاح الغير لها عليه لكن التالي باطل فكذا المقدم
قال قدس الله سره ولو اذن المولى لعبده في التزويج صح فان عين المهر والا انصرف الى
مهر المثل فان زاد على المقدر فالزائد في ذمته يتبع به بعد الحرية والباقي على مولاه وقيل
في كسبه وكذا النفقة اقول للاصحاب في هذه المسألة اقوال آ لزوم المهر والنفقة للسيد وهو
اختيار والدي المصنف في هذا الكتاب وقول ابن ادريس لانه اذن في شيء فيلزمه توابعه ولان وجوب
النفقة لا يمكن ان يكون في ذمة العبد بعد عتقه قطعاً وهو اجماع الامة ولا يمكن ان يقال انه
من مال العبد استحالة ان يوجب الله تعالى على العبد شيئاً في ماله وسلبه اهلية الملك لانه يكون
تكليفاً بالمحال وهو محال فتعين ان يكون من مال السيد والواجب عليه فيكون في ذمته يخرجه من
اين شاء وكذا المهر اذ لا فارق ب قول الشيخ في المبسوط وهو انه يجب في كسب العبد
يعني انه يجب على العبد الاكتساب لاداء النفقة والمهر قال فيه فان لم يكن مكتسباً قال قوم يتعلق
برقبته لان الوطي في النكاح بمنزلة الجناية ومنهم من قال يتعلق بذمته لانه حق لزمه باختيار
من له الحق فكان في ذمته كالقرض والاول الذي يقتضيه مذهبنا ممن قال يتعلق برقبته على
ما اخبرناه فان امكن ان يباع منه كل يوم بقدر ما يجب عليه من النفقة فعل فان لم يمكن
بيع كله كما قيل في الجناية ووقف ثمنه فينفق عليها منه وقد انتقل ملك سيده عنه الى
سيد آخر هذا لفظه في المبسوط وفيه نظر لانه بعد البيع صار لغير البائع فلا يسقط منها الا عند
اجازة الثاني و انما يتصور ذلك في النفقة التالفة الواجبة في ملكه ولعله لا يعطي ذلك بل ما فيه
ج قول ابن حمزة وهو انه ان كان العبد مكتسباً تخير سيده بين جعل النفقة من كسبه
والانفاق من خالص ماله وان لم يكن مكتسباً فعلى السيد واختاره والدي في المختلف والحق
عندي قول ابن ادريس قال قدس الله سره ولو زوجها الوكيلان او الاخوان مع الوكالة
صح عقد السابق ولحق الثاني ولو اتفقا بطلا ولا مهر ولا ميراث وقيل يحكم بعقد اكبر الاخوين
اقول احتاره والدي المصنف هنا هو اختيار الشيخ في المبسوط والخلاف وابن ادريس
وهو الحق وقال في النهاية يحكم بعقد اكبر الاخوين وهو اختيار ابن البراج وابن حمزة لنا
الموجب للصحة هو الوكالة وهما متساويان فيها وقد تعارضا فترجيح احدهما ترجيح بلا مرجح

فلا يصح

فلا يصح واعتمد الشيخ على رواية وليد بياع الاسفاط قال سئل ابو عبد الله وانا عنده عن جارية
كان لها اخوان زوجها الاكبر بالكوفة وزوجها الاصغر بارض اخرى قال الاول احق بها الا ان
يكون الآخر قد دخل بها فان دخل بها فهي امرأته ونكاحه جائز وحملها الشيخ في كتابي الاخبار على
وقوع العقدين معاً وكانا وكيلين قال والدي فان كان وليد هو ابن صبيح او غيره من الثقات
فالخبر صحيح واقول الوليد مجهول ولا دلالة للرواية على المطلوب لان قوله عليه السلام الاول
المراد به في الظاهر السابق في السؤال هنا لانه موافق للاصول ولانه عليه السلام ربما علم انه الاول بالعقد
قال قدس الله سره ولو زوجته الام فرضي صح وان رد بطل وقيل يلزمها المهر ويحمل
على ادعاء الوكالة اقول اختار المصنف هنا انه لا يلزمه المهر وهو مذهب ابن ادريس
وهو الحق عندي والقائل بلزوم المهر الشيخ وتبعه ابن البراج واحتج الشيخ بما رواه محمد بن مسلم عن
الباقر عليه السلام انه سأله رجل زوجته امه وهو غائب قال النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل وان
شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامه اجاب المصنف بحمل الرواية على ادعاء
الام الوكالة ولم يثبت فانها تضمن المهر لانها قد فوتت عوض البضع على الزوجة وغرتها بدعوى
الوكالة فضمنت عوضه وفيه نظر لان الرواية اعم ولا دلالة للعام على الخاص ولان ضمان البضع
بالفوت بمباشرة الوطي مع كونه غير محرم عليها لا بغير ذلك قال قدس الله سره ولو ادعى
ازدواجها فانكرته قبل الدخول قدم قولها مع اليمين وان نكلت حلف الزوج وثبت العقد بعده لا اقرار
نقدم قوله لدلالة النكول عليه اقول ومن حيث انها منكرة وعموم قوله عليه السلام واليمين
على من انكر قال قدس الله سره ولكل ولي ايقاع العقد مباشرة وتوكيلا فان
وكل عين له الزوج وهل له جعل المشيئة اليه الاقوى ذلك اقول منع الشيخ في المبسوط من ذلك
وقوى انه لا بد من تعيين الزوج ولا يصح بدونه واختيار المصنف هو الصحيح للاصل والمراد
بالولي هنا الولي الاجباري كالاب والجد له قال قدس الله سره ويقول المرأة او وليها
لوكيل الزوج او وليه زوجت من فلان ولا يقول منك ويقول الوكيل قبلت لفلان وقال
قبلت فلان لا الكفاء اقول يريد بقوله او وليها ولي المرأة والمراد بالولي هنا من له مباشرة
النكاح عنها شرعاً اما اجباراً او اختياراً فاراد بالولي هنا المعنى المشترك استعمل المشترك في كلا معنييه

ونقل

وما قلناه اولى لان الاشتراك المعنوي اولى من الاشتراك اللفظي والمراد بقوله الزوج او وليه
الاختيار خاصته ولا يلزم التكرار اذا تقرر ذلك فنقول المسئلة ظاهرة ووجه القران ان القبول
نسبة واضافة بين المقبول والقابل فهو قبول للايجاب المتقدم والايجاب كان للزوج فينصرف
القبول اليه ويحمل الكلام لان تخصيص النسبة انما هو تخصيص المنتسب اليه فلو لم يذكره لم
تخصص به والفرق بين النكاح والبيع ان المقصود في النكاح خصوصية المتناكحين وفي البيع
هو المال لا خصوصية المتعاقدين ولان البيع تعلق بالمخاطب دون من له العقد والنكاح متعلق بمن هو
له دون المخاطب ولهذا لو قال زوجها من زيد فقبل النكاح لزيد وكيله صح ولو حلف لا ازوجتها
نكح فقبل له وكيله حنث ولو قال بع من زيد فقبل النكاح فباع من وكيل زيد لا يصح و لو
حلف لا اشتريت فاشترى له وكيله لم يحنث قال قدس الله سره ولو نسي السابق بالعقد
من الوليين عمل على اسن احتمل القرعة فيؤمر من لم تقع له بالطلاق ثم يجدد من وقعت له النكاح
واجبار كل منهما على الطلاق ويشكل ببطلان الطلاق مع الاجبار ويحتمل فسخ الحاكم اقول
اذا زوج المراة وليان لها فاما ان يعلم الاقتران اولا فان كان الاول فان كان الوليان
اب او جد له صح عقد الجد لما تقدم وان كان غيرهما بطلا لامتناع صحتهما وصحة احدهما ترجيح
بلا مرجح وان كان الثاني فاما ان يعلم سبق احدهما اولا فان كان الثاني وهو ان يجهل الامران
اعني السبق والاقتران قال الشيخ الطوسي في المبسوط بطلا لانهما ان اقترنا تدافعا وان ترتبا لم يمكن
العلم به ولا بخصوصية السابق فيتعذر امضاء العقد فيبطل والا لزم التكليف بما لا يطاق
وكل عقد يتعذر امضاؤه يبطل ولان الاصل في البضع التحريم الى ان يثبت السبب المبيح ولا يمكن
ثبوته والاصل جواز العقد عليها الى ان يعلم ثبوت نكاح غيره ولا يمكن فيبطل وان كان الاول
فاما ان يعلم السابق بعينه ويستمر اولا فان كان الاول فلا بحث لظهوره وان كان الثاني
فاما ان لا يعلم بعينه او يعلم وينسى فان كان الاول قال الشيخ ببطلان العقد لتعذر الامضاء
والعلم بتقدم احدهما لا ينفع اذا لم يعلم بعينه والاصح عندي وعند والدي انهما يؤمران بالطلاق
كما ياتي او تفسخ الحاكم او المراة للعلم بانها زوجة مسلم لا تحل لغيره الا ببينونة منه
وان كان الثاني فهو المبحوث عنه في كلام المصنف هنا وقد ذكر المصنف في هذه المسئلة احتمالات

ثلاثة آ القرعة لانه امر مشكل للعلم بثبوت نكاح احدهما ولا اولوية لاحدهما على الاخر و
التربص الى التذكر اضرار بالمراة لمنع حقوقها مدة التربص ولاصالة بقاء عدم العلم وقول الشيخ
بالوقوف مرتب ب اجبار كل واحد منهما على الطلاق لانه لا طريق الى التخلص من ضرر الشبهة
وتحصيل العلم الا به اذ النكاح مبني على الاحتياط التام والقرعة امارة تفيد الظن ولا طريق
الى العلم فلا يجوز ان يعدل فيما بني على الاحتياط التام على طريق تفيد العلم الى ما تفيد ظنا
ما واجبار واحد بعينه ترجيح بلا مرجح ج تسلط الحاكم على الفسخ والا لزم الاضرار بالمراة
لمنع حقوقها او الطلاق بالاجبار كما في الاحتمال الثاني وقد اجمع الاصحاب على بطلان الطلاق
بالاكراه او انه في الامور الكلية المهمة شرعا المبنية على الاحتياط التام وهو النكاح والحاق
الانساب وتحريم المحرمات على امارة ضعيفة تفيد الظن وهي القرعة لا يقال انما يلزم التمسك بما
يفيد الظن في الامور الكلية لو حكمنا بمجرد القرعة لكن ليس كذلك بل القرعة لترجيح
من يامره بالطلاق منهما ثم يجدد الاخر النكاح وبطلاق واحد وتجديد اخر يحصل اليقين ولو اقتصرنا على
مجرد القرعة لزم التمسك في الامور الكلية المهمة شرعا المبنية على الاحتياط التام واليقين
بامارة مفيدة للظن مختلف فيها لانا نقول اما ان يكون المامور بالطلاق مختارا من غير
اجبار واما ان يكون بالاجبار والاكراه فان كان الاول فلا فائدة في القرعة وان كان
الثاني لزم المحذور لان اجبار واحد على الطلاق لا يفيد العلم لبطلان الطلاق بالاكراه بل
يلزم محذور اخر فيرجع على اصله بالابطال والى هذه المباحث اشار بقوله فيؤمر من لم تقع
له الى آخره والاقرب الى العدل وتخليص الحقوق الثاني والثالث اقرب من الاول والثاني
قال قدس الله سره ولو اختارت نكاح احدهما فالاقرب انه يجدد نكاحه بعد فسخ الاخر
اقول هذا تفريع على القول بالفسخ وتقريره ان يقال اذا فسخ الحاكم نكاح
احدهما واختارت المراة نكاح الاخر فالكلام فيه يقع في موضعين آ انه هل يحتاج
من اختارته الى تجديد عقد ام مجرد اختيارها وفسخ الاخر كاف يحتمل ضعيفا الثاني لانه
علم ثبوت عقده ولم يعلم تاخره والاخر قد بطل فالمقتضي للنكاح موجود والمعارض قد بطل
ولتصادق الزوجين على النكاح وليس بجيد لان شرط صحته سبقه ولم يعلم ولاحتمال تاخره والنكاح

لابد فيه من الفحص ولان ثبوت نكاح عليها معلوم ونكاحه مشكوك فيه فلا تفيد اختيارها
شيئا واقول الحق عندي الاحتياج الى تجديد عقد لانه مع اقتران العقدين بطلان قطعا من غير
توقف وسبقه وعدمه متساويان لانتفاء كل واحد منهما فلا ترجيح لصحة عقد اصلا وكل
عقد تساوى طرفا امكان صحته وعدمها لا يمكن الحكم بصحته ب انه هل يكفي فسخ غير المختار
عن فسخ المختار نكاح نفسه الاقوى ذلك لان المختار اما ان يكون زوجا اولا وعلى كلى
التقديرين فلا حاجة الى الفسخ ليعلم تاثير العقد الثاني قطعا والا لكان مشكوكا فيه والاول
فلا تاثير فيه وهو ضعيف لانه مع فسخ غيره وتجديد عقده يثبت نكاحه على كل من طرفي النقيض
لانه اما ان يكون هو الزوج اولا وعلى كل واحد من التقديرين يثبت نكاحه واعلم ان هذا انما
يتجه بناء على تاثير اختيارها ولو في تعيين الخاطب بالفسخ ولم يذكره المصنف قال
قدس الله سره وعليها النفقة اي حين الطلاق على اشكال اقول اذا علم سبق احدهما
وجهل تعيينه هل يجب النفقة على الزوج ام لا يحتمل الوجوب لوجود العقد وبذلها التمكين
للزوج لكن الامتناع لعذر شرعي لا من جهتها ويحتمل العدم لعدم الدخول وعدم تحقق التمكين
وبدله فعلى الثاني لا نفقة على احد منهما وهو ظاهر وعلى الاول يحتمل عليهما لعدم خروج
الوجوب عنهما وتخصيص احدهما ترجيح بلا مرجح نكاح عليهما بالتوزيع ويرد عليه استلزامه وجوب
النفقة على من ليس بزوج قطعا وهو باطل وبطلان اللازم يستلزم بطلان الملزوم
وعلى التوزيع اذا ظهر السبق لاحدهما وتعين هل يرجع الآخر عليه ام لا لانه وجب عليه بحكم
الشارع والاقوى الرجوع لانه انفق على زوجته بالزوجية غير متبرع ويحتمل القرعة
لانه امر مشكل وتشكل بالزام من لم يحكم ولم يحكم بكونه زوجا فيلزم الحكم بالمعلول
مع الجهل بالعلة وهو محال قطعا وعدم النفقة اضرار وقال عليه السلام لا ضرر ولا اضرار
وقال بعض الفضلاء الاصوليين الوجوب عليهما على الكفاية على نحو اجمع وفيه نظر اذ الواجب
على الكفاية واجب على كل واحد بالاصالة ثم يسقط بفعل واحد وهذا ليس كذلك ولا
يمكن وجوب شرط فعل مكلف على غيره قال قدس الله سره ولو امتنعا من الطلاق
احتمل حبسهما عليه وفسخ الحاكم او المرأة اقول اذا امتنعا من الطلاق احتمل حبسهما

عليه لوجوبها عليه فعلا ممتنعا من حق لآدمي مضيق مع مطالبة صاحب الحق فيحبسان عليه
كسائر الحقوق ويحتمل فسخ الحاكم لعدم جواز الاجبار على الطلاق ويحتمل المرأة لانه يجوز لها الفسخ
بالعيب فكذا بحجب الزوج لمنع بعض حقوقها وهذا فيه منع الكلية واقول يحتمل ان لكل من
الزوجين الفسخ كما يفسخ الزوج ذو العيب برتق الزوجة والاولى عندي فسخ الحاكم لانه ولي الممتنع
ولانها مسئلة اجتهادية فيها اشكال والتباس فيحتاج الى نظر واجتهاد واعلم انه على قول
الشيخ ببطلان النكاحين عند جهل الاقتران والترتيب او السابق ابتداء يرتفع النكاح
بغير رافع فلو تزوجت باخر صح ولو ظهر السابق بعده لم يصح وعلى القول بالفسخ او الطلاق
انما يرتفع برفع رافع لو تزوجت قبله بطل نكاحه وسواء ظهر السابق اولا قال قدس الله
سره وعلى كل تقدير ففي سقوط نصف المهر اشكال ينشأ من انه طلاق قبل الدخول ومن
وقوعه بالاجبار فاشبه فسخ العقد اقول هذا فرع على اجبارهما على الطلاق اذ على قول
الشيخ ببطلان النكاحين لا مهر وكذا على تقدير فسخها او فسخ الحاكم لا مهر وقوله لا مهر
على كل تقدير اشارة الى تقادير الاجبار على الطلاق او الحبس وهي ثلاث آ اجبارهما
فوقعا الطلاق دفعة ب ان سبق احدهما وتعقبه الآخر ج ان يحبسا عليه
ومنشأ الاشكال ذكره المصنف وعلى تقدير وجوبه يشكل محله لانه لا يمكن ايجابه عليهما لان
احدهما ليس بزوج قطعا ولا على واحد بعينه لعدم العلم بانه زوج ولو علم سبق احدهما وقلنا بوجوبه
فحاله كما لو علم ان لزيد عند احد هذين دينا واشتبه وعلى تقدير وقوع الطلاق باجبارهما
فالاشكال ايضا لما ذكرنا قال قدس الله سره ولو اعترف لهما دفعة احتمل الحكم بفساد
العقدين والاقرب مطالبتها بجواب مسموع لانها اجابت بسبق كل منهما وهو محال اقول
الصحيح هو الثاني لانها اجابت بالمحال عقلا لاستلزامه اجتماع النقيضين فلا يسمع وطلب
جواب صحيح لان كل واحد منهما ادعى عليها دعوى متوجهة ممكنة فعليها الجواب بما يمكن عقلا وهنا
اعترفت لكل واحد منهما بما يستحيل وقوعه وهذه المسئلة مبنية على المسئلة الآتية انها لو اعترفت
لاحدهما هل يثبت نكاحه فان قلنا كان اقرارها موجبا لثبوته فقد وقع موجب ثبوت كل واحد
منهما مع موجب ثبوت الآخر فكان كالعقد لتساويهما في علة حكم الحاكم بثبوت النكاح

فمن هنا نشأ الاحتمال الاول قال قدس الله سره ولو اعترف لاحدهما خاصة ثبت نكاحه على اشكال ينشأ من كون الخصم هو الزوج الآخر اقول ومن انها ادعى عليها حقا وقد اعترف له به فيحكم له كما لو ادعى اعيانا في يد ثالث فصدق احدهما والاقوى عندي انه لا يسمع بالنسبة الى الآخر بل يمضي في حقها لان اقرار العاقل لا يسمع في حق غيره ولان الفرج مبني على الاحتياط التام والاحتراز فيه واجب قال قدس الله سره وهل يحلف للآخر فيه اشكال ينشأ من وجوب غرمها المهر المثل للثاني لو اعترفت به وعدمه اقول الضابط في استحقاق الاحلاف انه كلما ثبت المدعى او ملزومه بالنكول وحده او به وبيمين الآخر المردودة على القولين استحق الاحلاف والا فلا لانتفاء الفائدة اذا عرفت ذلك فنقول على تقدير الاحلاف لو نكلت لم يرد اليه قطعا لاعترافها للاول فان اوجبنا المهر عليها لضمان البضع بالملك استحق اليمين والا لم توجه لانه لم يثبت المدعى ولا ملزومه والبحث في ضمان البضع مذكور في موضعه ولقائل ان يقول يلزم ان لا يسمع دعواه عليها لعدم الفائدة لانها ان اقرت لم تقبل لوجه فلا فائدة في سماع دعواه عليها بغير بينة قال قدس الله سره وكذا لو ادعى زوجيتها اثنان فاعترفت لاحدهما ثم اعترفت للآخر اقول المراد اذا ادعى كل منهما انه عقد عليها مع انه عقد عليها عقد واحد لا غير وفرض ان عقد عليها عقد واحد لا غير وكل منهما ادعى انه العاقد والمسألة الاولى فرض وقوع العقدين والتداعي في السبق واختلفوا في فروع المسألتين ومحوهما اذ المدعى كل منهما في هذه المسألة الواقع عقده وفي المسألة الاولى ان المتقدم عقده وهو مانع للآخر والاشكال هنا في موضعين آ هل تقبل تصديقها ويحكم به او لا وقد تقدم ب في غرمها المهر وهو مبني على ضمان البضع للزوج وسيأتي قال قدس الله سره وان اوجبنا اليمين حلفت على نفي العلم فان نكلت حلف الآخر فان كما قلنا اليمين المردودة مع النكول كالبينة انتزعت من الاول للثاني لان البينة اقوى من اقرارها وان جعلناه اقرارا ثبت نكاح الاول وغرمت للثاني على اشكال اقول هذه المسألة فرع على احد احتمالي المسألة السابقة وهو ثبوت اليمين عليها للآخر وتقريرها انها اذا حلفت فانها تحلف على نفي العلم لان الغرض ان العاقد الوكيل ولا يحلف على نفي فعل الغير بل انما يحلف

على نفي العلم فلو انها نكلت عن اليمين احلف المدعى فاذا حلف هل يرد اليه ام لا وذلك مبني على ان اليمين المردودة هل هي كالبينة بالنسبة الى الخصم الآخر خاصة او بالنسبة اليه والى غيره او كالاقرار فعلى الاول والثالث لا يرد الزوجة الى الثاني وعلى الثاني يرد اليه وتحقيق هذه المسألة يأتي في كتاب القضاء فعلى عدم الرد هل يغرم له المهر ام لا مبني على غرم المهر للزوج وهو مذكور في موضعه فان قلنا لا يوجه ولا تغرم لا تحلف لارادة اليمين وليس البحث على هذا المقدار بل على احتمال ان تحلف

الباب الثالث في المحرمات

التحريم اما مؤبد او لا فهنا مقصدان الاول في التحريم المؤبد وسببه اما نسب او سبب

القسم الاول النسب ومقدمه النسب بوجوب التحريم المؤبد في عمود والعمومة والخؤولة قال قدس الله سره والنسب يثبت شرعا بالنكاح وبالشبهة دون الزنا لكن التحريم يتبع اللغة فلو ولد له من الزنا بنت حرمت عليه وعلى الولد وطي امه وان كان منفيا عنهما شرعا وفي تحريم النظر اشكال وكذا في العتق والشهادة والقود وتحريم الحليلة وغيرها من توابع النسب اقول يريد بلفظ النكاح هنا الوطي واقسامه ثلثة آ الصحيح وهو ما ملك بسببه لمحله في نفس الامر ولو لم يعلم به وقولنا بسبب له آخر للسبب لا للتمييز وقولنا في نفس الامر ليدخل من زوجه وليه قبل كماله او وكيله بحاله ولم يعلم فوطي بقصد الزنا ولا ينقص بالتحليل لانه اما عقد او ملك لا يخرج عنهما اجماعا ب الشبهة والمراد به هنا وطي لم يملك ولم يقترن به علم تحريمه فيدخل فيه وطي الصبي والمجنون والنائم وشبهه وجعل بعضهم في حكم الشبهة والمطلق لتوهم الحل ج الزنا وهو وطي المكلف محرمه بالاصالة مع علم التحريم اذا عرفت ذلك فنقول اجمع الكل على ان النسب الشرعي يثبت بالاولين ولا يثبت بالزنا شرعا لكن يثبت تحريم الوطي بمعنى اللغة باجماع الامامية وهل يحرم النظر اشكال ينشأ من انه ولد حقيقة لغة لان الولد حيوان يتولد من نطفة آخر من نوعه من حيث هو كذلك والاصل عدم النقل والشرايط الشرعية للارث لا يدل على النقل خصوصا على قول من نفى الحقيقة الشرعية ولانه مع تعارض التحريم والتحليل يغلب التحريم ولان التحريم للبعضية وهي تحصل بالتولد من نطفته سواء كان بالتحريم او التحليل ووجه الاشكال فيما ذكرناه ولد التولد من نطفته فهو بعضه ومن ان خطاب الشارع انما يحمل على الحقيقة الشرعية

وتعارضه اصالة عدم النقل والحق تحريم النظر لاشتمال النظر على الخوف من العقاب ودفع
الخوف واجب واما في العتق فسيأتي واما الشهادة والقود وتحريم الحليلة وغير ذلك
من توابع النسب فمنشاؤه من لفظ الابن مثلا هل نقله الشارع اولا لكن تحريم النكاح شرط
في الارث يحتمل الاول لاشتراطهم اياه في لحوق النسب ومن اصالة عدم النقل والمجاز اولى منه
والاصح عندي انه لا يلحقه شيء من الاحكام غير التحريم قال قدس الله سره ولو كان لشبهة
الحق به ان وطئ الناكح ولا قلنا بانقضاء العدة من وطء الاول اقرع بالقرعة والاقرب انه للثاني
اقول وجه القرب انها فراش للثاني حقيقة ولان صدق المتبوع على من وجد فيه المعنى
المشتق منه حالة اولى ممن سبق مع التعارض وسيأتي البحث في ذلك في الحاق الاولاد

القسم الثاني السبب الثاني وفيه فصول **الفصل الاول** الرضاع مقدمة ثبت
تحريم النكاح بالرضاع بالقرآن والاجماع قال الله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من
الرضاعة فقيل بدلالتها على ما يحرم من النسب لان تسميتها اما واختا فيه تنبيه على تسمية
صاحب اللبن ابا ويطرد الباقي واشكل بانه مجاز لقوله تعالى ان امهاتهم الا اللائي ولدنهم والمجاز
لا يطرد كامتناع نخلة لغير الانسان وقوله صلى الله عليه وآله يحرم من الرضاع ما يحرم
من الولادة وقوله في رواية اخرى ان الله حرم من الرضاع ما حرم من النسب فدل على
تساوي تحريم النسب وتحريم الرضاع والا لكان تحريم النسب منه بالنسبة بالادنى وهو الاخر على الاعلى
قال قدس الله سره ولا تتعلق التوارث واستحقاق النفقة وغير التحريم اقول لان
لا شك ان من احكام النسب ما لا يثبت بالرضاع بالاجماع كالتوارث واستحقاق النفقة والولاية والحضانة
وتحمل العقل وسقوط القود والمنع من الشهادة ومنها ما ثبت اجماعا وهو المحرمية والتحريم ومنها
ما اختلف فيه وهو العتق بالملك وسيأتي وقد سمى الله تعالى بالام ثلاثة اصناف من النساء الوالدة
ويستوعب جميع احكام النسب والمرضعة وهي مقصورة على التحريم والمحرمية على راي والحق
وازواج الرسول عليه السلام وشاركهما في التحريم اجماعا وفي المحرمية قولان قال
قدس الله سره ولو ارضعت من لبن الزنا لم ينشر حرمة اما الشبهة فكالصحيح على الاقوى
اقول هذا قول الشيخ في المبسوط واكثر الاصحاب وقال ابن ادريس لبن الشبهة لا ينشر حرمة

ثم بعد ذلك بلا فصل قوى التحريم ثم قال في ذلك نظر وتامل وقد تردد واحتج الاول
بعموم الخبر المتقدم قال قدس الله سره ويعتبر التقدير باحد امور ثلثة اما
ما انبت اللحم وشد العظم او رضاع يوم وليلة او خمس عشرة رضعة وفي العشر قولان اقول
المصنف اختار في المختلف اختيار المفيد وهو التحريم بالعشر وهو اختيار سلار وابن البراج
وابي الصلاح وابن حمزة وابن ابي عقيل وقال الشيخ في النهاية والمبسوط وكتابي الاخبار
لا يحرم اقل من خمس عشرة رضعة وكلا القولين لابن ادريس احتج المصنف في المختلف بقوله تعالى
وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وهو يصدق على القليل والكثير ثم خص بما رواه الفضيل بن يسار في الصحيح
عن الباقر عليه السلام قال لا يحرم من الرضاع الا المجبور قال الفضيل قلت وما المجبور قال
ام مربية او ظئر تستاجر او امة تشترى ثم ترضع عشر رضعات تروي الصبي وينام واورد ان
في طريقها محمد بن سنان وفيه قول قلنا ذكر شيخنا والدي المصنف في كتاب الرجال رجحان
العمل بروايته ولان العشر تنبت اللحم وكل رضاع تنبت اللحم فهو محرم فالعشر محرمة اما
الصغرى فلما رواه عبيد بن زرارة في الصحيح عن الصادق عليه السلام الى ان قال فقلت وما الذي
ينبت اللحم والدم فقال كان يقال عشر رضعات واما الكبرى فباجماع المسلمين احتج الشيخ بما رواه
زياد بن سوقة قال قلت لابي جعفر عليه السلام هل للرضاع حد يؤخذ به فقال لا يحرم الرضاع
اقل من رضاع يوم وليلة او خمس عشرة رضعة متواليات من امراة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل
بينهم رضعة امراة غيرها الحديث والجواب اذا تعارض التحريم والتحليل قدم التحريم تنبيه
لا تعتبر في اليوم والليلة عدد بعين بل المعتبر ارضاعه ريا في طول هذه المدة قال قدس الله
سره والمرجع في كمال الرضعة الى العرف وقيل ان يروى ويصدر من قبل نفسه اقول
ضبط الشارع الرضاع بثلثة انواع آ الاثر وهو ما انبت اللحم وشد العظم ب الزمان
وهو يوم وليلة ج العدد وفيه الخلاف المتقدم فكل واحد من هذه سبب تام فاذا تحقق
لم يعتبر الاخر ثم ذكر للعدد ثلاثة شروط ا ان يكون كل رضعة من الثدي ب ان يكون
العدد متواليا ج ان يكون كل رضعة كاملة لا ناقصة والمرجع في كمالها قيل الى العرف لان
كل لفظ اطلقه الشارع ولم يعين له حدا يرجع فيه الى العرف وقيل ان يروى ويصدر عن ذي

وهو الاقوى والقولان للشيخ والاختلاف في المعنى قال قدس الله سره ب ان
يكون الرضاع في الحولين وان كان بعد فطام ويعتبر في المرتضع اجماعا دون ولد المرضعة
على الاقوى اقول اشتراط كونه في الحولين بالنسبة الى المرتضع باجماع الامة اي لو ارتضع
بعد اكمال الحولين لم ينشر الحرمة لقوله تعالى حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة وقال
النبي عليه السلام لا رضاع بعد فصال والفصال هو الحولان لقوله تعالى وفصاله في عامين واما
بالنسبة الى ولد المرضعة وهو الذي حصل اللبن من ولادته ففي اشتراطه خلاف اي يكون
حصول اللبن بعد ولادته وقبل انتهاء الحولين فلو ارتضع مرتضع بعد تمامهما هل ينشر حرمة او لا قال
ابو الصلاح لا ينشر حرمة فانه جعل من شرائط الرضاع ان يكون الراضع والمرتضع لم ينقص
سنهما عن حولين واختاره ابن زهرة وابن حمزة وقال ابن ادريس ينشر الحرمة ولا يشترط ان ينقص
سن ولد المرضعة عن سنتين وشرط الشيخان ان يكون في الحولين ولم يتعرضا لذكر ولد
المرضعة الذي ارتضع لبنه ولا للمرتضع وكذا قال اكثر علمائنا احتج ابو الصلاح بقوله تعالى
ذلك لمن اراد ان يتم الرضاعة فدل على ان ما خرج عن ذلك ليس بمعتبر ولا يسمى رضاعا شرعا وبقوله
عليه السلام لا رضاع بعد فطام وهو عام شامل لهما معا واحتج ابن ادريس بعموم الاية وتوقف والدي
المصنف قدس الله روحه في المختلف لقوة حجتي ابن ادريس وابي الصلاح قالوا الاحتياط يقتضي
التحريم اذ تعارض هو والتحليل والاقوى عندي اختيار ابن ادريس قال قدس الله سره ولو
شككنا في وقوعه بعد الحولين تقابل اصل البقاء والاباحة لكن الثاني ارجح اقول الرجحان
لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وهو عام خرج منه ما علم انه قبل انتهاء الحولين
فبقي الباقي على الاصل ولان اصل الاباحة متحقق قبل الرضاع والشك حصل في حصول السبب
المحرم لان مطلق الرضاع ليس بمحرم بل بشرط كونه في الحولين والاصل عدمه ولان اصل البقاء
لما هو متحقق في الحولين هو متحقق في اباحة النكاح ومع تعارض اصل بقاء اباحة النكاح و
اصل بقاء الحولين ترجح الاباحة لعلم ثبوتها بعموم الاية ولم يحصل علم ثبوت السبب المحرم في
زمان اصلا قال قدس الله سره ويحرم اولاد الفحل ولادة ورضاعا واولاد زوجته
المرضعة ولادة لا رضاعا على ابي المرتضع على راي اقول ذهب الشيخ في المبسوط الى عدم

تحريم

تحريم اولاد الفحل واولاد المرضعة على اب المرتضع لانهم اخوات ابنه وانما يحرمن بالمصاهرة لا بالنسب
والنص دال على تحريم ما يحرم بالنسب واختيار والدي المصنف هنا هو مذهب ابن ادريس وهو
التحريم المذكور هنا لما رواه علي بن مهزيار في الصحيح قال سال عيسى بن جعفر ابا جعفر الثاني
عليه السلام عن امراة ارضعت لي صبيا هل يحل لي ان اتزوج بنت زوجها فقال لي ما اجود ما سالت
من ههنا يؤتى ان يقول الناس حرمت عليه امراته من قبل لبن الفحل هذا هو لبن الفحل لا غيره
فقلت له ان الجارية ليست بنت المراة التي ارضعت لي هي بنت غيرها فقال لو كن عشرا
متفرقات ما حل لك شيء منهن وكن في موضع بناتك فعلل حكمه عليه السلام هنا بتحريم اخت
الابن من الرضاع وجعلها في منزلة البنت والبنت تحرم بالنسب فكذا من نزل منزلتها قال
والدي في المختلف لولا هذه الرواية لعملت بمقالة الشيخ لقوتها وانا اقول روى ابن
يعقوب في الصحيح عن عبد الله بن جعفر قال كتبت الى ابي محمد عليه السلام امراة ارضعت
ولد الرجل هل يحل لذلك الرجل ان يتزوج ابنة هذه المرضعة ام لا فوقع لا تحل له هذه الرواية
يدل على التحريم وهي صحيحة فيجب العمل بها قال قدس الله سره ولاولاد هذا الاب
الذين لم يرتضعوا من هذا اللبن النكاح في اولاد المرضعة واولاد فحلها ولادة ورضاعا على
راي اقول ما اختاره هنا مذهب ابن ادريس وهو الاقوى عندي خلافا للشيخ لنا
ان الاصل الحل اذ لم يكن اخا يحل من النسب فكيف لا يحل من الرضاع وهو تابع احتج الشيخ بما رواه
ايوب بن نوح في الصحيح قال كتب علي بن شعيب الى ابي الحسن عليه السلام امراة ارضعت بعض
ولدي هل يجوز لي ان اتزوج بعض ولدها فكتب لا يجوز ذلك لك لان ولدها صار بمنزلة ولدك وهذا
التعليل يعطي صيرورة ولدها اخوة لاولاده فينشر التحريم قال قدس الله سره ولو
ارضعت كبيرة الزوجتين صغيرتهما حرمتا ابدا مع الدخول بالكبيرة والا الكبيرة وللكبيرة المهر
مع الدخول والا فلا وللصغيرة النصف واجمع على اشكال اقول اذا ارضعت كبيرة
زوجته صغيرتها بلبن غيره الرضاع المعتبر فالكلام في ابحاث ثلاثة أ فسخ النكاح
واجمعت الامامية على فسخ نكاحهما لان ثبوت الامية والبنتية معا لاستحالة تقدم احدى
الاضافتين على الاخرى ضرورة فيصير جامعا بين الام وبنتها في النكاح فينفسخ ب التحريم المؤبد

فنقول تحرم الكبرى مؤبداً دخل بها اولا لانها ام زوجته وهي تحرم بمجرد العقد واما الصغرى
فمعتبر تحريمها بحال الكبرى فان قد دخل بالكبرى حرمت الصغرى مؤبداً والا انفسخ نكاحها من غير
تحريم مؤبد لانها من ربائبه والربائب انما تحرم بالدخول بالامهات ج الكلام في المهر فاما
الكبيرة فان قد دخل بها استحقت المهر كله لاستقراره بالدخول والا فلا شيء لان الفسخ من جهتها كالردة
واما الصغيرة ففي ثبوت كل المهر او نصفه لها اشكال ناش من انه فسخ قبل الدخول من غيرها
فاشبه الطلاق ومن ان العقد موجب للمهر والاصل البقاء وموجب التشطير الطلاق وغيره لم يثبت
شبهه واعلم ان مبنى هذه المسئلة على ان المهر هل يجب كله بالعقد وانما يتشطر بالطلاق او يستقر
النصف بالعقد والنصف الآخر بالدخول او الموت خلاف يأتي تحقيقه ومن ان الفسخ لا من جهة المرأة قبل
الدخول هل يشطر كالطلاق او لا **قال** قدس الله سره ولو ارضعت الصغيرة زوجتاه على
التعاقب فالاقرب تحريم الجميع لان الاخيرة صارت ام من كانت زوجته ان كان دخل باحدى
الكبيرتين **اقول** تحريم المرضعة الاولى والصغيرة مع الدخول باحدى الكبيرتين بالاجماع واما
المرضعة الاخيرة ففي تحريمها خلاف فاختار والدي المصنف وابن ادريس تحريمها لانه يصدق عليها ام
زوجته لانه لا يشترط في صدق المشتق بقاء المعنى المشتق منه فكذا هنا ولان عنوان الموضوع
لا يشترط صدقه حال الحكم بل لو صدق قبله كفى فتدخل تحت قوله وامهات نسائكم ولمساواة
الرضاع النسب وهو يحرم سابقا ولاحقا فكذا مساويه وقال الشيخ في النهاية وابن الجنيد لا تحرم
لما رواه علي بن مهزيار عن ابي جعفر عليه السلام قال قيل له ان رجلا تزوج بجارية صغيرة فارضعتها
امرأته ثم ارضعتها امرأة اخرى له فقال عليه السلام حرمت عليه الجارية وامرأته التي ارضعتها
اولا اما الاخيرة لم تحرم عليه واجاب المانع من صحة السند الرواية **قال** قدس الله
سره ولو ارضعت امته الموطوءة زوجته حرمتا وعليه المهر او نصفه ولا رجوع الا ان تكون مكاتبة
(ولو كانت) موطوءة بالعقد تعتق به على اشكال **اقول** منشأه انه هل يضمن منفعة البضع بالتفويت للزوج
كفسخ نكاحه اولا فقيل نعم لقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات
فامتحنوهن الى قوله وآتوهم ما انفقوا واراد بذلك المهر ولانه حايل بينه وبين ما له قيمة شرعا وكلما
كان كذلك فهو مضمون ومن ان منفعة البضع لا تضمن الا بالوطي غير المحرم عليها ظاهرا لان الاصل
براءة

براءة الذمة وهو ليس بمال ولا جناية على طرف والاقوى الضمان لانه وجب المهر عليه مع اتلاف
عوضه فيضمنه **قال** قدس الله سره ويحتمل قويا عدم التحريم بالمصاهرة **اقول**
وجه القوة عموم قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء خرج بادلة الرضاع وهي من الكتاب والسنة
والاجماع لما تقدم والمصاهرة ليست من النسب فلا دلالة على تحريمها بالرضاع والقول بغيره دليل
محكم والاقوى عندي تحريم اولاد الفحل ولادة ورضاعا واولاد المرضعة ولادة لا رضاعا لما تقدم
قال قدس الله سره لو ارضعت ثلاث بنات زوجته ثلاث زوجات له كل واحدة زوجة
دفعة حرمن جمع ان كان قد دخل بالكبيرة والا الكبيرة وانفسخ عقد الصغار وله تجديده جمعا
لانهن بنات خالات ولكل صغيرة نصف المهر ويرجع به الزوج على مرضعتها وللكبيرة المهر ويرجع به
على البنات بالسوية ولو ارتضعن بالتسبيب لا بالاستقلال فلا ضمان وفي تضمين الصغاير مهر الكبيرة نظر **اقول**
هذه المسئلة مبنية على تضمين منفعة البضع فان قلنا بعدمه فلا ضمان هنا وان قلنا بالضمان ففيه هنا
نظر ينشأ من عدم القصد وعبارة الاصحاب تومي الى اشتراطه ومن حيث انه اتلاف للبضع ويحتمل
عندي الضمان هنا لما تقدم لانه اتلاف المهر وتعلق بمال الصغيرة **قال** قدس الله سره ولو
ارضعت ام الكبيرة او جدتها او اختها على اشكال فيها الصغيرة ولم يدخل انفسخ النكاح لان المرضع
ان كانت الام فالكبيرة اخت وان كانت الاخت فخالة وان كانت الجدة فالصغيرة خالة
اقول منشأه قوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها وهي عامة ومن ان هذه النسبة
ليست علة في التحريم بانفرادها بل مع عدم اذن العمة والخالة ولا يعتبر هنا لان هذه النسبة تحدث
بعد لزوم العقد فلا يتحقق ادخال بنت الاخ وبنت الاخت على العمة والخالة والاصل بقاء الاباحة **قال**
قدس الله سره لو ارضعت تفسد النكاح بارضاعه جاهلة بالزوجية او لخوف عليها من التلف ولم تقصد
الافساد وقلنا بالتضمين ففيه هنا اشكال ينشأ من كون الرضاع سببا فاذا كان سائغا لم يوجب
الضمان كحفر البئر في ملكه **اقول** الاقوى الضمان على تقدير ضمان البضع لانه اتلاف ما يضمن لا
لمصلحته من التلف عليه فوجب الضمان كساير الاتلاف ويحتمل عدم الضمان لما ذكره المصنف ولانه
احسان الى الصغيرة مجردا عن قصد الضرر فيدخل تحت قوله تعالى ما على المحسنين من سبيل ولا يشابه
هذا الضمان ضمان الاموال المحضة التي لا يعتبر فيها القصد لان منافع البضع لا تضمن مع مباشرة الاتلاف

لما كالزنا ولان ظاهر كلام الاصحاب يلوح منه اعتبار القصد هنا **قال** قدس الله سره
لو سعت الزوجة الصغيرة فارتضعت من الزوجة الكبيرة وهي نائمة رجع في مال الصغيرة بمهر
الكبيرة او بنصفه على اشكال **اقول** اما ان يكون الارتضاع بعد الدخول او قبله فان كان
بعد الدخول فالاشكال في الضمان وعدمه ويبنى على المسئلتين السابقتين وهما ان البضع هل يضمن
اولا والثانية ان قلنا بضمانه هل يشترط فيه قصد افساد النكاح اولا وقد تقدمتا ويكون الواجب
على تقدير الضمان كل المهر لانه الذي تغرمه وان كان قبل الدخول فالاشكال في موضعين احدهما
اصل الضمان وقد تقرر وثانيهما كميته انه هل يضمن الكل او النصف وقد تقدم **قال**
قدس الله سره فان ارضعتها عشر رضعات ثم نامت فارتضعت خمسا احتمل ايجاد التحريم
على الاخير فالحكم كما لو كانت نائمة في الجميع والتقسيط فسقط ثلثا مهر الصغيرة بسبب فعلها ونصف
المهر بوجود الفرقة قبل الدخول فيسقط ثلثا مهر الكبيرة ان كانت غير مدخول بها سقط الباقي
لانه اقل من النصف الساقط بالفرقة وتغرم للصغيرة سدس مهرها وترجع به على الكبيرة ويحتمل
سقوط سدس مهر الصغيرة ونصف الكبيرة ثلثه وسقوط ثلث مهر الكبيرة وتغرم الصغيرة سدسه
ان كان قبل الدخول وبعده اشكال **اقول** هذا فرع على مسئلتي ضمان البضع وانه لا يشترط
في ضمانه بالارضاع قصد الافساد اذا تقرر لك فاذا ارضعتها الكبيرة عشر رضعات ثم نامت
او اغمي عليها فسعت الصغيرة وارتضعت منها خمسا انفسخ النكاح لحصول الرضاع المحرم ومن
فاعل السبب فيحتمل هنا وجهان آ كون السبب في الفسخ هو الخمس رضعات الاخيرة لانه قبلها لم يحصل
التحريم وحصل عندها مع صلاحيتها للسببية وكون ما تقدم شرطا وانما كان كذلك بسبب اختلاف
الفاعل وهذا كما اذا مات الصيد بتسع سهام عدو وطير ثانيها مالك وابطل واحد طيرانه ثم آخر
عدو كان للاخير وهذا انسب بقول من قال ان الاسباب الشرعية علامات فيضمن الصغيرة
لا الكبيرة فيسقط مهر الصغيرة لانه فسخ قبل الدخول جاء من المراة ونصف مهر الكبيرة وهل يضمن
الكل او النصف تقدم حكمه وهذا لعمري فيه نظر لانهم نصوا على ان المحرم خمس عشرة رضعة والعلة
المركبة لا بد وان يكون المعلول حاصلا عند الجزء الاخير منها ولا يصلح للعلية التامة ب
ان المجموع هو السبب في الضمان وهذا السبب قد صدر من فاعلين فيقسط الضمان عليهما والكلام

هنا في مقامين آ في تقسيط مهر الصغيرة وفيه الاحتمالان المتقدمان والاحتمال الاول
سقوط ثلث مهرها بفعلها لانها فعلت ثلث السبب فيسر الزوج منه ويسقط نصف مهرها للفرقة
قبل الدخول على القول بان المضمون من المهر قبل الدخول بفسخ الرضاع النصف خاصة على ما تقدم
يبقى السدس تغرمه الصغيرة ويرجع به على الكبيرة الاحتمال الثاني ان ما سقط بالفرقة قبل
الدخول غير مضمون والمضمون هو النصف والسبب في اتلافه الخمس عشرة رضعة وقد صدر من
الكبيرة ثلثاها فتغرم ثلثي النصف ويسقط بفعل الصغيرة ثلث النصف لانها فعلت ثلث السبب
واما على احتمال تضمين الكل قبل الدخول فلا اشكال لسقوط الثلث بفعلها وغرم الكبيرة الثلثين
ب في تقسيط مهر الكبيرة فاما ان يكون قبل الدخول او بعده فان كان الاول فان
ان نقول بضمان الجميع قبل الدخول كما هو بعده لوجوب الكل على الزوج او بنصفه وقد تقدم
البحث فيه فان قلنا بضمان الجميع فقد تلف ثلثاه بفعلها وثلثه بفعل الصغيرة فيسقط ثلثاه بفعلها
وتضمن الصغيرة ثلثه وان كان الثاني وهو ان يكون وقوع الرضاع بعد الدخول فهل يضمن المرضعة
المهر للزوج اولا احتمل الثاني لانه قد استقر بمجرد الدخول على ذمة الزوج ولا اعتبار في الوجوب
ولا استقرار بالاستدامة فلا يضمن له لانه انما فوت عليه الاستدامة ولا شيء في مقابلها من المهر ويحتمل
الاول لانها فوتت ملكه بعوض مالي فيضمنه له بعوضه فعلى عدم الضمان لا يجب وعليه ان كانت
الكبيرة فبحصته رجع عليها بثلثه وعلى الصغيرة بثلثه لانه فعلها وان لم يكن مفضلة سقط عنه
ثلثاه ووجب عليه ثلثه ورجع به على الصغيرة ويحتمل اعتبار عدد الفاعلين لا الفعل كما لو جرحه
واحد مائة جرح وآخر جرحا واحدا ضمنا بالسوية واعلم ان نوع اتلاف الاعيان تعتبر قيمتها اي
عوضها اما في عقل المعاش وهي المسماة بالقيمة السوقية واما في الشرع وهو المقدر شرعيا
بالعقد وهو المعبر عنه بالمسمى ولا تعتبر اعواض المنافع بالانفراد هنا وقد لا يضمن كالمحرم قبل
المراة وقد يندرج في قيمة العين كالعبد والامة فغلط من فاسم الرضاع بعد الدخول بالقتل
بعده والاطراد قبل الدخول **قال** قدس الله سره الاقرب قبول شهادة النساء منفردات
اقول اختلف الناس في قبول شهادة النساء منفردات في الرضاع فقال الشيخ في الخلاف
لا تقبل واختاره ابن ادريس وقال المفيد وسلار وابن حمزة تقبل ويظهر من كلامه في موضع من المبسوط

وهو اختيار المصنف لانه امر خفي لا يطلع عليه الا النساء غالبا وهو من احوالهن فتسمع فيه شهادتهن
مفردات كسائر امورهن الخفية على الرجال ولما رواه عبد الله بن بكير عن بعض اصحابنا عن
الصادق عليه السلام في امرأة ارضعت غلاما وجارية قال يعلم ذلك غيرها قلت لا قال لا تصدق
ان لم يكن غيرها دل بمفهومه على قبوله اذا كان معها غيرها وهو يعم الرجال والنساء وسياتي تمام البحث
في باب الشهادات **قال** قدس الله سره والاقرب انه ليس عليه ذكر وصول اللبن الى الجوف
اقول وجه القرب انه ليس بمحسوس ومستند الشهادة الحس والاصل ترتب المسبب وهو وصول
اللبن الى الجوف على سببه وهو الامتصاص ويحتمل ان عليه ذكره لانه المحرم **قال** قدس الله
سره ولو شهدت انها ارضعته فالاقرب القبول ما لم يدع اجرة **اقول** المراد انه اذا قالت
المرأة انا ارضعته متبرعة بغير اجرة او من غير اجرة ووجه القرب وجود المقتضي وهو العلم فان
علمها بحصول الرضاع المحرم اقوى من علم غيرها لانه من قبيل الضروريات من المحسوسات وعدم
المانع اذا لم تدع شيئا اصلا فلا تهمة هنا لانها لم تستجلب بها نفعا ولم تستدفع بها ضررا فزالت التهمة
وهي المانع ويحتمل عدم القبول لوجهين آ ما تقدم من دلالة رواية ابن بكير على انها اذا لم يعلم
غيرها لم يصدق وفيه نظر لانه يدل على عدم الحكم بقولها وحدها لا على عدم قبولها مطلقا
ب انها شهادة على فعلها وشهادة الفاعل على فعله اقرار عليه فلا تقبل في حق الغير
ولانها تثبت لها ولها الحرمية وهي دعوى وفيه نظر لان السبب هو امتصاص الثدي ووصول
اللبن به والفاعل هو المرتضع وعلى فاعله والاصل في المشهود عليه انما هو الفاعل لا القابل وهذا
فارق بين هذه الشهادة وشهادة الحاكم او القاسم بانه حكم او قسم ونفرق ايضا بان شهادة الحاكم
بالحكم والقاسم بالقسمة تستلزم تزكيته ولا تقبل تزكية الانسان نفسه والرضاع ليس فيه تزكية
قال قدس الله سره ولو ادعى بعد العقد انها اخته من الرضاع او امه وامكن فان
صدقته قبل الدخول بطل العقد ولا مهر ولا متعة وان كان بعد الدخول فلها المسمى مع الجهل
ولا شيء مع العلم ويحتمل مع الجهل مهر المثل **اقول** الاول قول الشيخ رحمه الله لان العقد
هو سبب ثبوت المهر لانه السبب في عدم المؤاخذة بالوطء وبه ضمن فكان كالعوض المقتضي
لتضمين البضع بالملكية وهنا قد ابيح به والاصل في ذلك لانه المتقدم في المهر والثاني هو ثبوت

مهر المثل مع الجهل هو الاقوى لان الموجب للمهر هو مباشرة الوطء فهو على المتلف المنافع المملوكة مباشرة
باستيفائه اياها فيضمن قيمتها ولا اعتبار بالمسمى لبطلان العقد ومعناه هو عدم ترتب اثره عليه كما
بين في الاصول فلا تاثير له في وجوبه ولانه انما وجب هنا بمباشرة الاتلاف والاستيفاء فلا تاثير للعقد
في وجوبه وكلما وجب بالاتلاف والاستيفاء فانما هو المقدر باصل الشرع لا بالعقد او القيمة والاول
سبب هنا فيستحق الثاني فهنا ضابط وهو كل وطء لم تتزوج اخذ المراة عليه شرعا حصل عقيب عقد
فاسد يوجب مهر المثل وكل عقد يعقبه الفسخ بعد الدخول فانه بالمسمى والاية انما دلت على الملك
لا على ما ذكروه او لا **قال** قدس الله سره وان كذبته قبل الدخول ولا بينة حكم عليه بالحرمة
ونصف الصداق ويحتمل الجميع **اقول** اما الحرمة عليه لا عليها فلان اقرار العاقل على نفسه
جائز وعلى غيره لا واما نصف الصداق فلانها فرقة حصلت قبل الدخول من جهة الزوج فاشبهت
الطلاق ومبناه ان العقد يستقر نصف المهر وبالدخول او الموت الكل ووجه الجميع ان الجميع
وجب بالعقد والاصل بقاء ما كان على ما كان ولا تقبل قول الزوج في سقوط بعضه وهو الاصح عندي
قال قدس الله سره ولو ادعت هي صحت وان كانت هي التي رضيت بالعقد لجواز جهلها به
حالة العقد وتجدد العلم به بخبر الثقات فان صدقها الزوج وقعت الفرقة وثبت المهر مع الدخول
وجهلها والا فلا ولو كذبها لم تقع الفرقة وليس لها المطالبة بالمسمى قبل الدخول وبعده ويحتمل
مطالبته بمهر المثل بعد الدخول **اقول** الاول قول الشيخ لما تقدم والثاني قول المصنف
وتقرير ذلك انه ان ادعت الجهل فلها المطالبة بمهر المثل ومعنى قوله ليس لها المطالبة بالمسمى
اي ليس لها الدعوى به لانها تدعي بطلان العقد فليس لها الدعوى بالمسمى لانه اثره وبطلان
العقد يستلزم عدم ثبوت اثره فاذا ادعت هي مهر المثل وهو يعترف بالمسمى فان تساويا قدرا و
جنسا فلا اختلاف بينهما وان اختلفا ثبت بدعوته اقل الامرين من مهر المثل وقيمة المسمى او نفسه ان
ماثله وحلف على نفي الزائد وهذا هو الاصح عندي **قال** قدس الله سره والاقرب انه
ليس لها المطالبة بحقوق الزوجية على اشكال في النفقة **اقول** وجه القرب ان الحقوق
معلولة مساوية للعقد وانتفاء العلة يستلزم انتفاء المعلول وهي قد اعترفت بنفي العلة فليس
لها المطالبة بالمعلول ويحتمل ان لها المطالبة لاقراره بالزوجية ولزوم حقوقها واقرار العقلاء

على انفسهم جايز وليس بجيد لاستحالة نفي اللازم واثبات الملزوم ومعنى مطالبتها المطالبة
لا بما يحرم كالوطي وشبهه مما يحرم على غير الزوج فانه ليس لها ذلك قطعا بل لا يستلزم
ذلك كما لو اوصى موديه لزوجاته او نذر وكالكفر وغيره لك واما الاشكال في النفقة فمن
حيث انه اقر باستحقاق المال ومنعها عن التزويج وتعطيلها هنا ومن حيث اقرارها بنفي العلة وقد
تعلم ولانها غير ممكنة بل مانعة والاصح عندي انه ليس لها المطالبة بشي من ذلك كله

الفصل الثاني في المصاهرة قال قدس الله سره وهل يلحق الوطي بالشبهة
والزنا بالصحيح خلاف **اقول** هنا مسئلتان آ اختلف الاصحاب في تسبيب الوطي بالشبهة
لحرمة ما يحرم بسبب الوطي الصحيح من المصاهرة وهو تحريم امهات الموطوءة وان علون وبناتها
وان نزلن وتحريم منكوحة الابن على الاب وان علا وبالعكس لا غير فقال الشيخ في النهاية
بالتحريم ومنعه ابن ادريس والحق عندي التحريم لما ياتي في تحريم الزنا ولوجود احكام الوطي
الصحيح به من لحوق النسب ووجوب المهر فيحصل التحريم به اذ وجود احد المعلولين يستلزم
وجود الآخر قال والا لم توجد المحرمية وهي من احكام الصحيح قلنا مع التعارض بين
التحليل والتحريم نغلب التحريم لانه احتراز عن الضرر المظنون لان المحرمية تتعلق بكمال
حرمة الوطي لانها اباحة ولان الموطوءة بالشبهة لم يستبح النظر اليها فالى امها اولى ب
اختلف الاصحاب في ان الوطي بالزنا هل يحرم ما يحرمه الصحيح من المصاهرة كما قررناه
في الشبهة فجزم بالتحريم الشيخ وابو الصلاح وابن البراج وابن زهرة وابن حمزة وقال المفيد و
السيد المرتضى وابن ادريس بعدمه فتحل ام الموطوءة بالزنا وبنتها على الزاني بعقد والاقوى
الاول وهو اختيار والدي المصنف في المختلف لنا قوله تعالى وامهات نسائكم والاضافة
تصدق بادنى ملابسة وملامسة وما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلام
انه سئل عن رجل فجر بالمرأة ايتزوج ابنتها قال لا ولكن ان كانت عنده امرأة ثم فجر بابنتها
او اختها لم تحرم عليه التي عنده ولانه كما حرم الرضاع بالام من الرضاع حرمها من النسب والمقدم
حق فالتالي مثله بيان الملازمة انه انما حرم الرضاع بتبعية النسب وكلما وجد التابع من
حيث انه تابع وجد المتبوع بطريق الاولى واما حقية المقدم فلما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن

احدهما عليهما السلام قال سالته عن رجل فجر بامرأة ايتزوج بامها من الرضاعة او ابنتها
قال لا احتج الاخرون بقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وقوله تع فانكحوا ما طاب لكم من النساء
والجواب القول بموجب الآيتين اما الاولى فلان المتنازع عندنا داخل في المنصوص على
تحريمه قبل ذلك واما الثانية فلان الاباحة ساوقت ما طاب اي ما ابيح لا ما توهمه ابن ادريس
من الشهوة الحيوانية **تنبيه** تحرم مزنية الاب على الابن وبالعكس والخلاف كما تقدم لنا
على التحريم قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء والنكاح حقيقة في الوطي لغة اجماعا
فكذا شرعا للاستعمال في قوله تع فانكحوا ما طاب لكم من النساء وغيره ذلك من الآيات والآثار
والاصل في الاستعمال الحقيقة ولاصالة عدم النقل قالوا حقيقة شرعية في العقد لقوله تعالى يا ايها
اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن والاصل في الاستعمال الحقيقة قلنا انه عارض
المجاز والاشتراك فالمجاز خير لما بين في الاصول ووجه المناسبة السببية وكلما ثبت تحريم منكوحة
الاب بالزنا ثبت تحريم منكوحة الابن [illegible] اذ لا فارق بينهما من الامة اجماعا واحداث قول ثالث
باطل خصوصا عند الامامية ولان قول المعصوم في وقت او جاز خلافه واجمعت الامامية على
بطلان اللازم تتمة **قال** قدس الله سره ام [illegible] يحرم على غير المالك
والقبلة فلا وقيل انها تحرم على اب اللامس والناظر وابنه [illegible] هنا مسائل الاولى
اذا ملك جارية ونظر المالك او لمس منها ما يحرم على غير [illegible] كالنظر اليه
كالنظر الى فرجها ولمسه هل يحرم على ابيه وابنه كما يحرم و[illegible] اقوال ثلاثة
آ عدم التحريم بهما وهو اختيار والدي [illegible] احة ولقوله تعالى
واحل لكم ما وراء ذلكم وقوله تعالى [illegible] انكم ب
التحريم بهما كالوطي وهو اختيار الشيخ في [illegible] حلايل ابنائكم
خرج الملك المجرد عن الوطي والنظر واللمس [illegible] العموم وما رواه محمد بن اسمعيل في
الصحيح عن ابي الحسن عليه السلام وقد ساله عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحل لولده
فقال بشهوة قلت نعم فقال ما ترك شيئا اذا قبلها بشهوة ثم قال ابتداء منه ان جردها فنظر
اليها بشهوة حرمت على ابيه وابنه قلت اذا نظر الى جسدها قال اذا نظر الى فرجها وجسدها بشهوة

حرمت عليه واعلم ان والدي قدس الله سره اختار في المختلف وتذكرة الفقهاء هذا القول
وباحثه لما قررت عليه المهذب في الاخبار بان هذا الخبر واحد فلا يعارض الكتاب واجاب
بان خبر الواحد يخصص الكتاب وهذا من هذا الباب والاقوى عندي هذا القول فاجاب عن
ادلة ابن ادريس بان الاصل يخصه مع عدم النص الناقل وادلة التحريم تعلق عليه ج النظر يحرم
على ابن الناظر دون ابيه وهو اختيار المفيد المسئلة الثانية النظر واللمس المذكوران من المعقود
عليها او مملوكته هل يحرم بنت الزوجة او المملوكة من نسب كانت او رضاع كما يحرم وطؤها
قال ابن الجنيد نعم وهو اختيار الشيخ في الخلاف وحكم بتحريم ام المنظورة وان علت
وبنتها وان نزلت وقال في مسئلة اخرى النظر الى فرجها يتعلق به تحريم المصاهرة واحتج الشيخ
باجماع الفرقة والاحتياط وبما روي عنه عليه السلام انه قال لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة
وبنتها والاقوى عندي عدم التحريم لنا قوله تعالى وان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم
والنظر واللمس ليس شيء منهما دخولا والمقرب بعد ذلك ان نقول لم يفرق احد بين البنت وام
الامة وقد ثبت في البنت الاباحة فكذا ام الامة ولما رواه عيص بن القسم في الصحيح قال
سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل باشر امرأته وقبل غير انه لم يفض اليها ثم تزوج ابنتها
قال ان لم يكن افضى فلا بأس وان كان افضى فلا يتزوج احتج الاخرون بما رواه محمد بن
مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن رجل تزوج امرأة فنظر الى رأسها
والى بعض جسدها ايتزوج ابنتها قال لا اذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له ان يتزوج ابنتها
واجاب عنه في الاستبصار بانها محمولة على الكراهة لانه تعالى علق التحريم على
الدخول وليس المسئلة الثالثة النظر بشهوة هل يحرم الام وان علت والبنت وان نزلت
قال الشيخ في الخلاف نعم واستدل باجماع الفرقة والاقوى عندي العدم للاصل
المسئلة الرابعة النظر المحرم [illegible] الاجنبية هل يحرم الام والبنت كلاهما قال لا يحرم الوطي
بالزنا فقال لا يحرم هنا [illegible] التحريم بالوطي بالزنا في تحريمه هنا على
قولين والاصح عدم الت[illegible] قدس الله سره اما العقد المجرد عن الوطي
فانه يحرم ام الزوجة [illegible] على الاصح اقول هذا اختيار الشيخ وابي الصلاح

وسلار وقال ابن ابي عقيل تحريم جمع وانما تحرم موبدا بالدخول بالبنت والاصح الاول لعموم
قوله تعالى وامهات نسائكم وانما جمع المضاف للعموم التحريم المؤبد لانه عطف على قوله امهاتكم
الى آخره فيشارك في الحكم قالوا عطف عليه قوله تعالى وامهات نسائكم وربائبكم
اللاتي في حجوركم اللاتي دخلتم بهن والشرط والصفة المتعقبة للمعطوف يرجع الى الكل لتسويته
بين الكل المعطوف والمعطوف عليه الا ما خص الدليل قلنا قد بينا في الاصول عود الشرط والصفة
المتعقبين للجمل المتعاقبة الى الاخيرة ولان قوله من نسائكم يدل على انه للربائب لان الربائب
من النساء لا الامهات قال قدس الله سره وهل يشترط لزومه مطلقا او من طرفه
او عدمه مطلقا نظر اقول هل يشترط في تحريم ام المعقود عليها او بنتها من غير دخول بها
لمجرد العقد لزوم العقد من الطرفين او من طرف الزوج او لا يشترط مطلقا نظر يحتمل الاول
لعموم آية الاباحة خرج المعقود عليها عقدا لازما من الطرفين فيبقى الباقي على الاصل ولان
معنى اللزوم هو وجوب ترتب الاثر على العقد وعدمه عدم ذلك والتحريم اثر فاذا لم يجب ع
لموضوعه لم يثبت وهو من آثار العقد ولان عدم اللزوم مع ثبوت الصحة معناه التأثير
بالامكان وهو لا يستلزم الفعل والا لتقدم وجود المعلول بالفعل على ثبوت العلة ويحتمل
الثاني لان اللزوم في طرفه يقتضي وجوب ترتب الاثر عليه في طرفه والتحريم اثر ما ثبت في حقه
والا لزم تخلف المعلول عن علته هذا خلف ويحتمل الثالث لقوله تعالى وامهات نسائكم
والاضافة تصدق بادنى ملابسة ولان الاحتياط يقتضي التحريم والاصح الاول
لان الامكان لا يستلزم الفعل قال قدس الله سره فلو عقد الفضولي عن الزوجة
الصغيرين ففي تحريم الام قبل الاجازة وبعد فسخها مع البلوغ نظر اقول هذا فرع على
ما تقدم من اشتراط اللزوم وعدمه قال قدس الله سره ولو وطئ احدهما مملوكة الاخر
زنا او شبهة ففي التحريم نظر اقول المراد اذا زنا بها قبل وطي المالك او وطئها
بشبهة فمنشأ النظر ما تقدم في الاية الدالة على التحريم وهي قوله ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم والمراد
به الوطي وهو اعم من ان يكون حراما او حلالا ومن حيث انها مخصوصة بقوله عليه السلام
لا يحرم الحرام الحلال وانما يحرم ما كان بنكاح وهذا نص والاصل بقاء الحل وهو اختيار

ابن ادريس والاقوى عندي التحريم وهو اختيار الشيخ في النهاية وابن الجنيد وابن البراج واحتجوا
بما رواه عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام في رجل يكون له الجارية فيقع عليها ابن ابنه قبل ان
يطأها الجد او الرجل يزني بالمرأة هل يحل لابنه ان يتزوجها قال لا انما ذلك اذا تزوجها
فوطئها ثم زنا بها ابنه لم يضره لان الحرام لا يفسد الحلال وكذلك الجارية وهي ضعيفة السند
لكن عضدها روايات اخر قال قدس الله سره ولو وطئ الاب او الابن زوجة الآخر او مملوكته
الموطوءة بزنا او شبهة فالاصح انه لا يوجب التحريم اقول معنى المسألة انه اذا وطئ
الابن او الاب زوجة الآخر مطلقا سواء دخل الزوج او لا او وطئ جارية الآخر بعد وطئ المالك لها
جزم الشيخ في النهاية بعدم التحريم وهو اختيار ابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس لما تقدم
وقيل يحرم وهو الاقوى عندي لعموم الآية المتقدمة قال قدس الله سره ولا عتق مع
الزنا اقول جزم هنا بما استشكل في غير هذا الموضع وهو عدم العتق مع الزنا اي لو زنا
الابن بجارية ابيه فولدت فولده ولد كان الولد رقا للاب الواطي هل يعتق عليه من حيث انه
ولد لغة او لا جزم هنا بعدم عتقه وكذا لو زنا الاب فولد له بنت او كان ذلك بجارية الغير
ثم انتقل الى احدهما الولد المختار انه لا يعتق وسيأتي في باب العتق قال قدس الله سره
وهل وطء الامة في الاستبراء كالوطء في العدة اشكال اقول ينشأ من انه عدة الامة
ومن اختصاصه باسم لم يساوه النص والاصل العدم والاقوى عندي الثاني والاشكال فيه لان
وصف الشريعة الشرعية انما يثبت في موضع النص لا غير قال قدس الله سره ولو تزوج بذات
بعل ففي الحاقه بالمعتدة اشكال ينشأ من التصيير ومن الاولوية التحريم اقول
الاولى عندي الاقتصار على محل النص قال قدس الله سره ولو تزوج بعد الوفاة المجهولة
قبل العدة فالاقرب عدم التحريم المؤبد ويحتمل ان زادت المدة على العدة اقول
وجه القرب انه لم يتزوج بامرأة ذات بعل ولا في عدتها لانه لم يدخل في العدة بعد ولا
مقتضى غيرهما للتحريم هنا لانه الفرض ومن حيث انه اذا كان حراما بعد هذا الزمان واقتضى
هذا التحريم عقوبة التحريم المؤبد فقبلها اولى والاقوى عندي عدمه للاصل ولعدم النص
قال قدس الله سره وفي المسترابة اشكال اقول تقرير هذه المسألة انه اذا

طلق

طلق المسترابة ثم رأت الحيض قبل انقضاء الشهر الثالث تصبر تسعة اشهر ثم تعتد بعد
ذلك ثلثة اشهر فاذا تزوجها قبل انقضاء تسعة الاشهر عالما بالتحريم او دخل بها
كذلك ففي التحريم المؤبد اشكال ينشأ من انه وطئ في غير زمان العدة لانهم قالوا تعتد بعد ذلك
ثلثة اشهر فهو وطئ العدة وليس بعده ومن اولوية التحريم كما قلنا في الوفاة المجهولة ولان عدة الطلاق
من حين وقوعه وانما حكم بالانقضاء بانقضاء المدة كلها لا قبل ولان معنى العدة زمان يلتزم فيه
حرمة النكاح وتحريم آخر بالاصالة حتى ينقضي والفرق بين هذه المسألة والوفاة المجهولة ان التي
تعتد بالحيض فيها كانت عدة من الاشهر ثم صارت قرء لان القرء طهر بين حيضتين او طهر ينتهي
بالحيض فظهر بطلان كونها عدة بالاشهر بل بالاقراء فهي عدة والمدة التي تعتد الحيض لانتظار الحيض
فهي في حكم القرء ايضا ولان القائل بان القرء هو الحيض فالطهر قبله وبعده الحيض جعله في حكم
العدة في التحريم المؤبد وكذا ايام الحيض عند من جعل القرء الطهر فظهر من هنا ان ما قبل العدة
وما بينها وان لم يكن منها حكمه حكمها هنا بخلاف في الوفاة المجهولة فانه لم يرد فيه نص للاصحاب
واعلم انه لا كلام في التحريم المؤبد لو وقع في الثلاثة الاشهر الاخيرة لانها عدة قال
قدس الله سره ولو اصرت امرأته على الزنا لم تحرم على الاصح اقول قال المفيد وسلار بالتحريم
والمصنف بلا بالكراهة وهو الاصح لقوله عليه السلام لا يحرم الحرام الحلال قالوا نهي عن اجتماع
الماء في الرحم ولا تحريم النكاح بحفظ الانساب من الاختلاط والجواب ان ماء الزنا غير
محترم والولد للفراش وللعاهر ان يقولوا قال الله تعالى والزانية لا ينكحها الا زان او مشرك
وحرم ذلك على المؤمنين واذا دخلت الا عقيب الفعل المنفي على الفاعل دل على الحصر وحمل ذلك
على الزنا الخاص بالكلية وعلى النكاح العام تأسيس مقدم بالوجهين على الاول لما بين في الاصول
والجواب بان المهاجرية فانه لو سلم ان الاسم للجنس لم يسلم عمومه والمطلقة لا تستلزم
الدائمة قال قدس الله سره وهل الامة الموطوءة كذات البعل فيه نظر اقول
ينشأ من عدم النص ومن مساواته في الاباحة وتحريم المصاهرة ولانه من باب اتحاد طريق المسألتين اذا
الزنا بذات البعل حرم عقوبة بحفظ النسب من الاشتباه فكذا هنا والاقوى عندي الاول لانه ليس
من جزئيات موضوع المسألة المجمع عليها وهي ذات البعل ليست منصوصة ولا معلولة بالضرورة واشتراط

احدهما في اتحاد طريق المثبتين كما قرر في الاصول قال قدس الله سره ولو اوقب غلاما او رجلا
حيا او ميتا على الاشكال حرم عليه ام الغلام واخته وبنته من النسب اقول الاشكال في الميت
ومنشؤه عموم النص وخروجه عن محل نظر الاستمتاع لانه كالجماد والاحوط عندي الاول قال
قدس الله سره وفي الرضاع والفاعل الصغير اشكال اقول هنا مسئلتان آ الام والاخت من
الرضاع ومنشأ الاشكال انها ام لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم فسماهن امهات والاصل في الاستعمال
الحقيقة لان استدلال نقلة اللغة على الحقيقة بمجرد الاستعمال كعلم ابن عباس بالفاطر والدهاق ولقوله
عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة وروي ما يحرم من النسب ومن حيث ان الاستعمال
اعم من الحقيقة والمجاز ولا دلالة للعام على الخاص والمرجح الترجيح والاحوط ترجيح المجاز لما تقرر في الاصول
ولهم ان يقولوا الفهم عند التجرد عن القرائن عن ارباب اللسان من خواص الحقيقة ب الفاعل الصغير
من حيث العموم المتناول له لان من في المجازاة والاستفهام للعموم ومن انه حال الوطء لا اثر لان التحريم تكليف
ويعد لا مؤثر والاحوط عندي الاول لانه من باب الاسباب والتعليق على الولي كما لو زوجه ابوه فانه
يحرم عليه ام زوجته بمعنى انه يحرم على الولي ايكاحه امها وبعد البلوغ تعلق به فكذا الفعل وجد
الاثر قال قدس الله سره ولو اوقب خنثى مشكلا فالاقرب عدم التحريم اقول السبب
الموجب للتحريم الايقاب وذكورية الموقب والجهل بالجزء يستلزم الجهل بالكل والجهل بالسبب
يستلزم الجهل بالمسبب فالحكم بالتحريم هنا مع جهل سببه قول على الله بما لا يعلم وهو منهي عنه بنص
القرآن ولا يصح القلب لان الاصل الاباحة فمن لم يحكم باقربية عدم التحريم ويحتمله لان الاحتياط
يقتضي التحريم ولا علية التحريم عند التعارض ولان الزوجة المشتبهة بالاجنبية يحكم بتحريمها قال
قدس الله سره وفي الامة اشكال اقربه التحريم في التسع اقول النص على انه اذا طلق الحرة تسعا
للعدة ينكحها بينها رجلان يحرم عليه ابدا فالامة اذا طلقها للعدة يحتمل وجوها الاول آ عدم تحريمها الا بالتسع
ولا باقل ولا باكثر لعدم تناول النص اياها والقول بلا نص تحكم ب تحريمها في السادسة
لان كل طلقتين فالامة مقام ثلاث طلقات فالست مقام التسع ج تحريمها في التاسعة لانه اولى
لان تحريم الامة اولى من تحريم الحرة ولورود النص بصيغة العموم وفيه ينكحها بينها رجلان يتناول
الحرة والامة فانه اذا نكح الامة اكثر من رجلين بينها فقد نكحها رجلان لان النص لم ينف الزيادة

وعندي

وعندي في هذه المسئلة اشكال قال قدس الله سره اطلاق الاصحاب كون التسع للعدة مجاز
لان الثالثة من كل ثلاث ليست منها بل هي تابعة للاولين فلو وقعت الثانية للسنة فالذي للعدة
الاولى لا غير ولو كانت الاولى كذلك على الاقوى اقول سألت والدي المصنف قدس الله سره
عن قول الاصحاب اذا طلق الحرة تسعا للعدة ينكحها بينها رجلان حرمت ابدا انه يستلزم احد امرين
اما عدم الاكتفاء بنكاح رجلين او استحالة كون التسع للعدة فاجاب بان المحال انما يلزم لو ارادوا
بالتسع للعدة حقيقة وليس كذلك بل المراد منه المجاز فان الله كل ثلاث يطلق عليها انها للعدة بطريق
المجاز للمجاورة او تسمية كل الثلاث طلاق العدة تسمية للكل باسم اكثر اجزائه ثم فرع قدس الله
سره على هذه القاعدة مسائل آ انه لو كانت الاولى للعدة والثانية للسنة فالثالثة ليست
للعدة حقيقة قطعا ولا مجازا لانتفاء المعنيين المحتملين في صورة النص ب انه لو كانت الاولى
للسنة والثانية للعدة فهل يتبع الثالثة في التسمية الثانية او لا قال المصنف الاقوى لا فالتي للعدة
الاولى لا غير لان الوارد في النص انما هو تبعية الثالثة للاولين فالمعتبر تسمية الكل باسم اكثر
اجزائه ولان المجاز من خاصته عدم اطراده لان الاطراد من خواص الحقيقة ويحتمل ضعيفا تبعيتها للثانية
ان كان المعتبر في نظر الاصحاب المجاورة والاحوط عندي الاول لان تعدد الطلقة لغيرها على خلاف
الاصل ولان الاصل الاباحة والتحريم المؤبد على خلافه ولان الاسباب الشرعية يقتصر بها على محل
النص هذا تقرير المصنف قدس الله سره في رمضان سنة تسع وسبعمائة في السلطانية في صحبة
السلطان غياث الدين خدابنده محمد رحمه الله قال قدس الله سره من فجر بعمته او خالته قبلها او بعدها
حرمت عليه بنتاهما ابدا ولو وطئ بالشبهة فالاقرب عدم التحريم اقول وجه القرب عدم تناول
النص اياه ولا قياس في الاسباب باجماع الامة واعلم انه على القول بتحريم الوطء بالشبهة في المصاهرة هنا يحرم
قطعا لا لخصوصية العمة والخالة بل لمجرد الوطء بالشبهة واما على عدم التحريم بوطء الشبهة في غير هذه
الصورة هل يحرم هنا يحتمله للنص على الزنا فاذا قام الزنا مقام الوطء الصحيح في تحريم المصاهرة
فالشبهة اولى ويحتمل العدم لان المحرم بالنص هو النكاح الصحيح والزنا في هذه الصورة وكلاهما منتف
هنا وهذا هو المبحث هنا قال قدس الله سره ولو نفيها مجازا او رضاعا اشكال اقول
هنا مسئلتان آ بنت البنت ومنشؤ الاشكال انها من نزلها منزلة الصحيح في التحريم بالنص فيتعدى

لان بنت البنت وهكذا كالصحيح ومن انها ليست بنت حقيقة واللفظ انما يحمل على حقيقته لا مجازه ولان الاصل الاباحة واما قال وفي بنتها مجازا اشارة الى فائدة هي ان الناس اختلفوا في ان بنت البنت هل هي بنت حقيقة اولا فعلى القول بانها بنت حقيقة لا اشكال في تحريمها واما على القول بانها ليست بنتا حقيقة بل مجازا ففيه اشكال ومنشؤه ما ذكر ب البنت من الرضاع وفي تحريمها اشكال منشؤه من ان الرضاع يحرم به ما يحرم بالنسب وبنتها نسبا يحرم فكذا رضاعا ومن انها ليست بنت حقيقة والرضاع تابع للنسب بالنسبة الى المحرم عليه وبنت الزوجة انما يحرم بالمصاهرة قال قدس الله سره ولا يحل وطء الزوجة الصغيرة قبل ان تبلغ تسعا فان فعل لم يحرم على الاصح الا مع الافضاء اقول هنا مسئلتان آ لو وطئ زوجته الصغيرة قبل بلوغها تسعا قيل يحرم مطلقا سواء افضاها اولا وهو قول الشيخ في النهاية وقال ابن حمزة ان افضاها حرمت ابدا احتج الشيخ بما رواه يعقوب بن يزيد عن بعض اصحابنا عن الصادق عليه السلام قال اذا خطب الرجل المراة فدخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين فرق بينهما ولم يحل ابدا والجواب انها مرسلة والحوالة التحريم منوط بالافضاء قال والذي المصنف في المختلف الظاهر ان مراد الشيخ في النهاية ذلك ب انه اذا افضاها حرمت ابدا اجماعا قال قدس الله سره وهو صيرورة مسلك البول ومسلك الحيض واحدا او مسلك الحيض والغائط واحدا اقول الافضاء هو صيرورة مسلك البول ومسلك الحيض وهو مدخل الذكر واحدا وهذا هو الصحيح وقال بعضهم مسلك الحيض والغائط واحدا وهو بعيد لبعد ما بين المسلكين وهذه المسئلة ليست من هذا العلم بل انما من علم الشرح ان نظر الى المعنى واما من علم اللغة ان نظر الى الوضع اللغوي والفقيه تسلمه تسليما ثم يرتب عليه الحكم قال قدس الله سره فيحرم مؤبدا قيل ولا تخرج من حباله وفيه نظر اقول اذا وطئ زوجته الصغيرة اعني دون تسع وافضاها حرمت مؤبدا وهل تخرج من حباله اي بين منه بغير طلاق اولا بل الزوجية باقية ولا بد في البينونة من طلاق فيه للاصحاب اقوال ثلث آ انها لا تخرج من حباله وهو قول ابن ادريس ويظهر من كلام الشيخ في النهاية لاصالة بقاء النكاح ولا يمنع عليه الطلاق لئلا يكون مخيرا لما رواه بريد العجلي عن الباقر عليه السلام في رجل اقتض جاريته يعني امراته فافضاها قال عليه الدية ان كان دخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين قال فان امسكها ولم يطلقها فلا شيء عليه ان شاء وهو يدل على انها لا تبين بذلك وانه مخير في طلاقها وفيه نظر لان

معنى

معنى ملك البضع اباحة الوطء فاذا خرج عن الاباحة زال الملك وهو معنى البينونة ب انها تبين منه بمجرد ذلك بغير طلاق وهو قول ابن حمزة ويظهر من كلام المفيد لما رواه يعقوب بن يزيد عن بعض اصحابنا عن الصادق عليه السلام قال اذا خطب الرجل المراة فدخل بها قبل ان تبلغ تسع سنين فرق بينهما ولم تحل له ابدا وهذه صيغة بطلان النكاح ج التوقف وهو قول المصنف لانه حرم مؤبدا منع ابتداء النكاح وهو اقوى من الاستدامة ولان التحريم المؤبد ينافي غاية العقد الدائم التي هي اثره بالذات والباقي بالتبعية واذا ثبت احد المتنافيين انتفى الآخر واذا انتفى الاثر الغائي بطل السبب لانه معناه ومن حيث ان العقد ثبت ابتداؤه ثبت اثره في زمان والاصل البقاء ولانه لم يعد في اسباب الفسخ والاصح عندي انها تخرج من حباله قال قدس الله سره ويجب عليه الانفاق حتى يموت احدهما وان طلقها وتزوجت بغيره على اشكال اقول منشؤه عموم النص الدال على الانفاق عليها دائما المتناول لصورة النزاع فان الحلبي روى عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل تزوج جارية فوقع بها فافضاها قال عليه الاجراء عليها ما دامت حية ومن حيث ان المراة لا يمكن ان تجب نفقتها بالزوجية على اثنين بغير اشتباه ولان العلة خروجها عن صلاحية الزوجية عادة فلا يحصل لها نفقة من غيره فوجبت النفقة عليه وقد انتفت العلة لتزوجها الثاني قال قدس الله سره وهل تثبت هذه الاحكام في الاجنبية الاقرب نعم اقول قوله هذه الاحكام اشارة الى احكام ثلاثة آ التحريم المؤبد ب وجوب الانفاق دائما اذا لم يتزوج ج انه لو تزوجت بغيره لم يجب عليه النفقة اولا احتمال في الكل العدم لعدم النص والاقرب في الاول المساواة لانه اذا حرم الزوجة فالاجنبية اولى بالتحريم ولان النكاح سبب تام للتحليل فلا يصلح ان يكون سببا ولا جزء سبب في بطلان نفسه وفي التحريم فتعين العقد والافضاء لسببية التحريم وهما موجودان في الاجنبية فهو من باب التنبيه بالادنى على الاعلى واما الثاني فيحتمل وجوب الانفاق لوجود العلة وهو الافضاء للصغيرة وعدم رغبة الازواج فيها غالبا فهو من باب اتحاد طريق المسئلتين لا القياس والنكاح لا يسلم ان يكون سببا او جزء سبب او شرطا والا لم يوجد مع عدمه وفيه نظر لجواز كونه من الاسباب المقربة كما هو في الطلاق والملك في التوى ومنشأ احتمال العدم هنا ومن اصالة البراءة ولان الاسباب الشرعية تقتصر فيها على محل النص من غير تعديه واعلم ان الشيخ في الخلاف اوجب الانفاق حتى يموت احدهما

في النكاح الصحيح والشبهة خاصة وابن ادريس منع من وجوبه في الشبهة وقصره على النكاح الصحيح
وهو لا يخلو عن قوة **قال** قدس الله سره وهل يشترط في التحريم المؤبد في طرف الاجنبي نقص
السن عن تسع فيه نظر ينشا من كون التحريم المؤبد مستندا الى تحريم الوطي في حق الزوج وهو هنا بات
في التسع **اقول** الاقوى عندي عدم التحريم في البالغة لعدم النص واصالة الاباحة وعموم قوله تعالى
فانكحوا ما طاب لكم من النساء خص منه ما دل النص عليه فيبقى الباقي على حكم العام وبهذا افتي
قال قدس الله سره والاشكال في حق الاجنبي قبل التسع اضعف **اقول** لانه قد قوي
التحريم في الاجنبي قبل التسع واذا ترجح احد الطرفين كان احتمال الآخر وهو عدم التحريم هنا اضعف
واياه عنى بقوله والاشكال اضعف واعترض بان الاشكال هو تكافؤ الاحتمالين فمع ترجيح احدهما
ينتفي الاشكال واجيب بانه استعمل الاشكال هنا في مجازه كما تقدم فان الترجيح هنا غير مانع من النقيض
قال قدس الله سره والاقرب عدم تحريم الامة والمفضاة بالاصبع **اقول** لعدم تناول النص
اياها لان موضوع هذه القضية ليس بجزئي من جزئيات موضوع المنصوص عليها والاصل الاباحة ويحتمل
التحريم لاشتراكهما في كون الزوجية والافضاء هو المقتضي للتحريم وهو موجود وليس بجيد لانه اخذ غير السبب
مكانه **المقصد الثاني** في التحريم غير المؤبد **قال** قدس الله سره والاقرب مساواة
الوطي في الفرجين **اقول** الدخول بالزوجة في القبل يحرم نكاح البنت اجماعا والمذكور هنا
الوطي في الدبر هل ينزل منزلة الوطي في القبل في التحريم ام لا الاقرب نعم لانه يشبهه في الحد ويستقر المهر
ويحصل العدة بالطلاق ويلحق النسب وثبوت احد المتلازمين يعني يستلزم ثبوت الآخر وهو برهان
اني ويحتمل ضعيفا العدم لعدم ثبوت الاحصان والاصح عندي الاول وبه افتي **قال** قدس الله سره
وعدم اشتراط البلوغ والعقل في الواطي والموطوءة ولا الاباحة كالوطي في الاحرام والحيض ولا دوام
النكاح **اقول** المطلوب انه لا يشترط في الدخول المحرم لبنت الزوجة هذه الاشياء التي ذكرها
لان الدخول صادق في الكل وهو الوصف الذي علق عليه الحكم في الآية فيثبت الحكم ويحتمل ضعيفا
العدم لان قوله تعالى وربائبكم الى قوله دخلتم بهن خطاب فلا يتناول غير المكلف وهذا الاحتمال انما
هو في الواطي اما المراة فلا يشترط فيها العقل قطعا ولا البلوغ على احتمال **قال** قدس الله سره
تحرم بنت اخت الزوجة معها وبنت اخيها وان نزلتا على اشكال **اقول** في قوله وان نزلتا لان التحريم

الاشكال صح

لحرمة الخالة والعمة وتنزلهما منزلة الام ولهذا سمت العرب الخال ابا وورد في القرآن في آزر وهو خال
ابرهيم عليه السلام فتتعدى الى بنت النسل هو اولى لان تحريم ادخال البنت انما هو لحرمة العمة
او الخالة ويحتمل عدمه للاصل وبنت البنت بنت مجازا واللفظ لا يحمل على مجازه عند الاطلاق بل المجموع
من الحقيقة والمجاز **قال** قدس الله سره ولو تزوج الاختين نسبا او رضاعا على التعاقب كان
الثاني باطلا سواء دخل بهما او بالاولى او وطي زوجته في عدة الثانية فان اشتبه السابق منع منهما والاقرب
الزامه بطلاقهما **اقول** اما تحريمهما فلان احديهما اجنبية محرمة عليه وقد اشتبهت ولا يتم اجتناب
المحرمة الا باجتنابهما وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب واما وجوب الطلاق فلوجهين آ انه يجب
حقوق الزوجية ويجب تحصيل براءة الذمة من الواجب ولا يتم الا بالطلاق وما لا يتم الواجب المطلق الا به فهو
واجب ب ان نكاح احديهما صحيح قطعا ويجب عليه انفاقها واما بقوله تعالى فامساك بمعروف
او تسريح باحسان والاول متعذر فيجب الثاني ولا يتحقق يقينا منه الا بطلاقهما جميعا واما الزام الحاكم
اياه بالطلاق فلانه مكلف وجب عليه شيء بعموم الامر على فعله ان تركه اختيارا لانه من باب اللطف
ويحتمل عدمه لبطلان الطلاق مع الاكراه وعموم رفع حكم ما استكرهوا عليه وفيه نظر لان الاكراه الشرعي
لا يبطل حكم الفعل والا لزم ان لا يجبر الامام على فعل واجب فيبطل فائدة الامامة او استلزام جواز الاجبار
نفسه اذ الشارع لا يلزم بالباطل والاقوى عندي الزامه بالطلاق لان القول بالتوقف اضرار بالمراة
ونخرج عليها والقرعة ليست لا يباح بها ما بني على الاحتياط كالفروج واستباحتها وعندي انه لا يجب
مواجهة كل واحدة بالطلاق بل لو قال زوجتي منهما طالق كفاه لانه لا يشترط في الطلاق التعيين على
الاصح لانا نقول ذكرتم يكونها ذو جهة صفة معينة لها في نفس الامر مشخصة لانهما ليستا بزوجتيه
بل احديهما ثبت لها هذه الصفة واستفت عن الاخرى في نفس الامر وهو كاف في التعيين بخلاف ما لو قال
لزوجتيه احديكما طالق **قال** قدس الله سره ويثبت لها ربع المهرين مع اتفاقهما واختلافهما
على اشكال **اقول** اما مع اتفاق المهرين جنسا وقدرا وعدم تعينهما او تعين احدهما شخصا
فوجوب ربع المهر ظاهر لا شك فيه لان احديهما زوجته في نفس الامر وقد طلقها قبل الدخول فلها
نصف المهر وهو ربع المهرين واما مع اختلافهما جنسا او شخصا او قدرا فللاشكال فيه ومنشؤه من
ان ربع المهرين ليس نصف ما فرضتم فانه اذا كان احدهما ذهبا والآخر فضة كان النصف الواجب

احد الحسنين وماهية المركب مخالفة لماهية اجزائه قطعا ولانه يستلزم وجوب ما لم يجب في نفس الامر لنفي احد
الحسنين في نفس الامر قطعا فعلى هذا يحتمل القرعة والانعاق ومن ان احدهما مستحق وانحصاره في واحد ترجيح
من غير مرجح وكان بينهما ولانا نجمع بين دعويهما في نصف المهر المسمى وكل منهما يدعي الحكم فيقسم بينهما ويعطى
كل واحد الواقع لها وهو الربع مما وقع عليه عقدها وكذا لو شخص كل واحد من المهرين او احدهما او احلفا
قد ردا او احلفا جنسا **قال** قدس الله سره ويحتمل القرعة في مستحق المهر والانعاق حتى يصطلحا
اقول وجه القرعة انه امر مشكل وكل امر مشكل ففيه القرعة بالنص ووجه الانعاق
حتى يصطلحا امكان ارتفاع الاشتباه لان الصلح ممكن ولانه يشتمل على رضا الزوجة في نفس الامر
بما وصل اليها والى الاخرى فهو مبرئ للذمة يقينا واعلم ان القرعة والانعاق على تقدير جهل الكل
بالسبق وعدمه او على دعوى كل من الزوجتين السبق ونكولهما عن اليمين وعلم تصديق الزوج لاحدهما
مع جهله اما لو تشبثت احديهما بعينها على الاخرى [illegible] بمهرها والبحث عن تعيين هذه المسئلة وفروعها
لا نطول بذكره ولامكان تحصيل نفس البراءة واعلم ان هذه تصلح اصلا للاولى فانه على القرعة من
خرجت [illegible] من غير قسمه وعلى الانعاق يحتمل الاحتمالات الاولية فاذا بان السابق دفع للاخرى
ما احلفته واحلت من طرق التهمة **قال** قدس الله سره ومع الدخول تستحق المهران مع الجهل وليس له
تجديد العقد لابعد العدة ولو اوجبنا في الفاسد مهر المثل واختلف فالقرعة **اقول** اذا زوج الاختين
على التعاقب واشتبه السابق ودخل بهما وطلقهما وجب عليه مهران لاستقرار المهر بالدخول فهنا مباحث
آ الاولى عندي وعند والدي قدس الله سره انه يجب في العقد الفاسد بالوطي مهر المثل خلافا لبعضهم
كالشيخ في بعض اقواله فانه اوجب المسمى وسياتي البحث فيه فيجب عليه مهر المثل لفاسد العقد
والمسمى للصحيح فان اتفق المسميان ومهر المثل فلا اشكال لان المدفوع الى كل واحدة منهما
يصلح ان يكون مهر المثل لها ويصلح ان يكون مسماها فان كانت زوجة فهو لها بالتسمية وان
كانت اجنبية فهو لها بمهر المثل ولو لم يتفق المسميان ومهر المثل فنقول كما حصل اختلاف بين
المهرين المسميين او مهري المثل ومسمى احديهما ومهر مثلها فالقرعة او الانعاق حتى يصطلحا والاولى
القرعة ب المراد بالجهل في قوله مع الجهل الجهل الرافع لتحريم الوطي على المراة بحيث لا يكون
بغيا فانه لا مهر للبغي ويستحق حينئذ [illegible] عقدها او بالتحريم فلا مهر لها ج قوله وليس له تجديد العقد

الا

لابعد العدة تقريره انه اذا طلق فاما ان يطلق زوجته منهما او الواحد بالطلاق كل واحدة منهما فان
كان الاول فليس له تجديد العقد على احديهما الا بعد انقضاء عدتهما لاحتمال الزوجية في كل منهما فلا يحل
الاخرى الا بعد انقضاء عدتها ولو كان طلاقهما باينا كان كانتا يائستين كان له نكاح ايهما شاء من حين
الطلاق ولو كان طلاق احديهما باينا كان يكون يائسة دون الاخرى فله نكاح غير الثانية بمجرد طلاق الثانية
وليس له نكاح الثانية الا بعد انقضاء عدة غير الثانية لاحتمال كونها هي الزوجة ولو واجه كل واحدة بالطلاق
فالحكم كذلك وان كانا يائستين فالطلاق باين فله تجديد العقد على ايهما شاء **قال** قدس الله سره
ولو اتحد العقد بطل وقيل يتخير **اقول** الاول اختيار المصنف هنا وابن حمزة وابن ادريس والثاني
وهو التخيير اختيار الشيخ في النهاية وابن الجنيد وابن البراج احتج الشيخ بما رواه في الحسن عن جميل بن
دراج عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج خمسا في عقد قال يخلي سبيل ايتهن شاء ويمسك الاربع وبما رواه
جميل بن دراج ايضا عن بعض اصحابنا عن احدهما عليهما السلام في رجل تزوج اختين في عقد قال هو
بالخيار ان يمسك ايتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى احتج ابن ادريس بانه عقد منهي عنه والنهي يدل على الفساد
وهذا هو الاصح عندي وعند والدي لان العقد على كل واحدة محرم لنكاح الاخرى ومبطل للعقد عليها في
نسبته اليهما واحدة فيلزم بطلانه بالنسبة الى كل واحدة منهما والا لزم الترجيح من غير مرجح ولان اثر
العقد الاباحة فلو اثر فاما فيهما او لاحديهما بعينها او الكل باطل اما الاول فبالضرورة واما الاخير
فلان الاباحة امر معين فلا يحل في محل غير معين في نفس الامر واذا لم يؤثر العقد بطل **قال**
قدس الله سره ولو وطي امة بالملك حرمت عليه اختها حتى يخرج الاولى من ملكه ببيع او هبة او غيرهما وفي
اشتراط اللزوم او الاكتفاء بالتزويج او الرهن او الكتابة اشكال **اقول** اجمع علماء الاسلام على جواز
الجمع بين الاختين في الملك ولو اشترى جارية فوطئها لم يحرم شراء اختها اجماعا لان الغرض الاصلي من
الملك التمول دون الاستمتاع ولهذا احل له شراء المجوسية والوثنية والمعتدة والمزوجة والمحرمة عليه
بالمصاهرة واما المحرم الجمع بينهما في النكاح لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين وهو يتناول الجمع تحت
الحراير وطيا وعقدا وفي ملك اليمين وطيا وهو مخصص لقوله تعالى الا على ازواجهم او ما
ملكت ايمانهم ولا يدخل فيه الجمع من ملك اليمين وان تناوله بظاهره لانه غير مراد باجماع علماء
الاسلام اذا تقرر ذلك فنقول اذا حرم الاولى بخروجها عن ملكه خروجا لازما كالعتق

او لا بعينهما م

تخيير

أو بيعها اختيارًا أجمع علماء الإسلام على حلّ الأخرى ولكن تبقى هنا مسألتان آ هل يشترط في العقد الناقل عن ملكه
اللزوم أو يكفي مجرّد العقد الناقل فيه إشكال يحتاج إلى بيان مبناه ومنشؤه متوقّف بناءً على أن
الملك ينتقل بنفس العقد قبل انقضاء الخيار ومنشؤه من حيث أن النصّ المتّفق عليه جاء حرمت الأخرى إلى
أن يخرج الأولى من ملكه فهو نهاية التحريم وقد حصل ولأن الغاية لو كان الخروج اللازم لزم تأخير البيان
عن وقت الحاجة والحكم غير المسبب مكانه وهو لا يجوز ومن حيث أن المقصود بالخروج عدم تمكّنه من العود
إليها ولم يحصل مع الصغرى منه ب هل يكفي عقد محرّم للوطء عليها للغير لازم من جهته غير مخرج
عن الملك كالتزويج والرهن أو يقطع التصرّف ويحرم الوطء ويزول إلى إخراج الملك وحكمه حكم المخرج عن
الملك كالكتابة المطلقة لم لا إشكال ينشأ من حيث أن الحلّ لا بها الغاية ووجود الغاية هنا التحريم الأخصّ
والغاية الخروج عن الملك لما روي عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال من وطئ إحدى الأختين فلا
يطأ الأخرى حتى تخرج الأولى عن ملكه وقبلها لا يسقط وإلا لم يكن هو الغاية ومن حيث أن المقصود التحريم
وقد حصل والأقوى عندي أنه لا بدّ من خروج الرقبة عن ملكه للنصّ ولضعف التحريم بتحريم الرهن وحرّم المصنّف
في التذكرة أنه لا يحلّ له برهنها لأن منعه بحقّ المرتهن لا لتحريمها ولهذا أحلّ بإذن المرتهن في وطيها ولأنه يقدر
على فكّها متى شاء واسترجاعها إليه وأما التزويج والكتابة المطلقة فسبب التحريم لا يقدر على رفعه
قال قدّس الله سرّه فإن وطئ الثانية أيضًا قبل إخراج الأولى قيل إن كان عالمًا بالتحريم
حرمت الأولى حتى تموت الثانية أو يخرجها عن ملكه لا للعود إلى الأولى فإن أخرجها لذلك لم تحلّ الأولى
والأقرب أنه متى أخرج إحداهما حلّت الأخرى سواء كان للعود إلى الأولى أو لا وسواء علم التحريم أو لا ولو لم
يخرج إحداهما فالثانية محرّم أقول قوله قيل إن كان عالمًا إلى قوله والأقرب هو قول الشيخ في النهاية
وتبعه ابن البرّاج وابن حمزة والذي اختاره المصنّف في المختلف وقوله والأقرب إلى آخره قول ابن إدريس رحمه الله
والحقّ عندي الأول لما رواه الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام قال سئل عن رجل كان عنده
أختان مملوكتان فوطئ إحداهما ثم وطئ الأخرى قال إذا وطئ الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت الأخرى
قلت أرأيت إن باعها أتحلّ له الأولى قال إن كان يبيعها لحاجة ولا يخطر على قلبه من الأخرى شيء فلا
أرى بذلك بأسًا وإن كان إنما يبيعها ليرجع إلى الأولى فلا ولا كرامة وروى أبو الصباح الكناني في الصحيح
عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل عنده أختان مملوكتان فوطئ إحداهما ثم وطئ الأخرى

حرمت عليه الأولى حتى تموت الأخرى قلت أرأيت إن باعها فقال إن كان إنما يبيعها لحاجة ولا يخطر على
باله من الأخرى شيء فلا أرى بذلك بأسًا وإن كان إنما يبيعها ليرجع إليه الأولى فلا قالوا فيلزم في الجاهل
قلنا روى الحلبي عن الصادق عليه السلام قال قلت له الرجل يشتري الأختين فيطأ إحداهما ثم يطأ
الأخرى بجهالة قال لم يحرم عليه الأولى وإن وطئ الأخيرة وهو يعلم أنها عليه حرام حرمتا جميعًا قال الشيخ أي
ما دامتا في ملكه فإذا زال ملك إحداهما حلّت الأخرى احتجّ ابن إدريس بأن علّة تحريم نكاحها الجمع بين الأختين وقد زال
بزوال الملك فيبقى النكاح مباحًا بالأصل لقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم قوله ولو لم يخرج الأولى فالثانية محرّمة
هذا اختيار المصنّف نقض عليه ابن إدريس لأن وطء الأولى حلال ووطء الثانية حرام والحرام لا يحرّم الحلال لقول النبي عليه
لا يحرّم الحرام الحلال وعند الشيخ هما محرّمتان عليه قال قدّس الله سرّه ولو وطئ أمة بالملك قيل جاز أن يتزوّج
أختها فتحرم الموطوءة ما دامت الثانية زوجة أقول قوله قيل إشارة إلى قول الشيخ في المبسوط والخلاف واختاره
المصنّف في التحرير لأن النكاح بالعقد أقوى من الوطء بملك اليمين فإذا اجتمعا وجب تقديم الأقوى ولأن الاستفراش
في الاستباحة بالنكاح أقوى لأنه تتعلّق به الظهار والطلاق والإيلاء واللعان والميراث وسائر الأحكام
فإذا كان فراش النكاح أقوى لم يندفع بالأضعف والمصنّف لم يحرم به هنا لأن الوطء يصيّر الأمة فراشًا
تلحق الولد به فلم يجز أن يرد النكاح على فراش الأخت كالوطء ولأنه فعل في الأخت ما ينافي إباحة أختها
المفترشة فلم يجز كالوطء والأقوى عندي الأول ونقل في المبسوط قولًا لبعضهم أنه لا ينعقد النكاح قال والأول
أصحّ قال قدّس الله سرّه لو تزوّج بنت الأخ أو الأخت على العمّة أو الخالة من النسب والرضاع بإذنهما
صحّ وإلا بطل على رأي ووقع موقوفًا على رأي أقول الأول قول ابن إدريس والثاني قول الشيخين
وسلّار ومنشأ القولين أن الإذن هل هو شرط في إباحة العقد أو في إباحة الفعل للإباحة فعلى الأول
يقع باطلًا لأنها محرّمة وعلى الثاني يقع صحيحًا كالعقد الفضولي احتجّ الأوّلون بقوله عليه السلام لا تنكح
المرأة على عمّتها وعلى خالتها والنكاح حقيقة في العقد فالنهي عن العقد وبما رواه أبو الصباح الكناني في
الصحيح عن الصادق عليه السلام قال لا يحلّ للرجل أن يجمع بين المرأة وعمّتها ولا بين المرأة وخالتها
وفي الصحيح عن أبي عبيدة الحذّاء قال سمعت الصادق عليه السلام يقول لا تنكح المرأة على عمّتها
ولا على خالتها ولا على أختها من الرضاعة وأجمعت الإمامية على تخصيصه بعدم الإذن لما رواه محمد
بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال لا تزوّج ابنة الأخت على خالتها إلا بإذنها

وتزوج الخالة على ابنة الاخت بغير اذنهما فلا اذن بعد العقد قالوا النهي في العقود لا يدل على
الفساد قلنا مقتضاه مانعية النسب وعدم الاذن من الاباحة فهي من المحرمات بدون الاذن
قال قدس الله سره وهل للعمة او الخالة اذا عقد عليهما فسخ عقدهما والاعتزال قيل نعم
وفيه نظر أقول قال الشيخ والمفيد وسلار اذا عقد على بنت الاخ والاخت والعمة والخالة
في نكاحه بغير العمة او الخالة من فسخ نكاح البنت المذكورة وبين فسخ عقدهما انفسهما والاعتزال
عنه وعند المصنف فيه نظر وجهه ان عقد العمة او الخالة صح ولزم والاصل بقاء ما كان على ما كان
والمنهي عنه هو عقد بنت الاخ او الاخت على ما ورد في الخبر عن النبي عليه السلام فهو الموقوف والباطل
ولسابقيها والاول بات مستغنى الثاني ولما رواه علي بن جعفر في الصحيح عن اخيه موسى عليه السلام انه قال
في حديث ولا تزوج بنت الاخ والاخت على العمة والخالة الا برضا منهما فمن فعل فنكاحه باطل قال
المصنف قدس الله سره كلام الاصحاب ليس بعيد لانه على تقدير وقوع العقد في نفسه صحيحا وتوقف
اذنهما وهو مذهبهم يتساوى نسبة العقدين في الصحة الاصلية فكما كان لهما فسخه كان لهما فسخ نكاح نفسهما
وانا اقول نمنع تساوي النسبتين فان عقدي العمة والخالة السابق ثبت له اللزوم قال قدس الله سره
لو عقد على الامة من دون اذن الحرة بطل او كان موقوفا على رأي ويتخير الحرة في فسخه او امضائه
أقول الاول اختيار ابن ابي عقيل وابن الجنيد وابن ادريس والثاني قول الشيخين وابن البراج
وسلار وابن حمزة احتج الاولون بما رواه الحلبي في الحسن عليه السلام عن رجل تزوج امة فقال ان شاءت
الحرة ان تقيم مع الامة اقامت عن الصادق عليه السلام قال تزوج الحرة على الامة ولا تزوج الامة
على الحرة ومن تزوج امة على حرة فنكاحه باطل احتج الآخرون بما رواه سماعة عن الصادق عليه السلام
عن رجل تزوج امة فقال ان شاءت الحرة ان تقيم مع الامة اقامت وان شاءت ذهبت الى اهلها
الحديث والجواب سند الاولى قوي وتوقفوا في سند الثانية فيقدم الاولى والى القول
الاول قال قدس الله سره وهل لها فسخ عقدها السابق قيل نعم أقول هذا القول
قول الشيخين وابن البراج وسلار وابن حمزة ويحتمل المنع كقول ابن ابي عقيل والتفريع في الطرفين كما في
العمة والخالة قال قدس الله سره ولو جمع بينهما صح عقد الحرة وكان عقد الامة موقوفا
او باطلا أقول الوقوف قول الشيخين واتباعهما والبطلان اختيار ابن الجنيد وابن ابي عقيل

وابن

وابن ادريس قال والذي المصنف قدس الله سره في المختلف الاقرب عندي ان الحرة لها فسخ نكاح
نفسها لان العقد واحد وهو منزل ولا اولوية والاقوى عندي بطلان عقد الامة فيصح نكاح الحرة
لما رواه ابو عبيدة في الصحيح عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج حرة وامتين مملوكتين قال اما الحرة
فنكاحها جائز وان كان قد سمى لها مهرا فهو لها واما المملوكتان فان نكاحهما في عقد مع الحرة باطل
يفرق بينه وبينهما قال قدس الله سره قيل يحرم على الحر ان يعقد على الامة الا بشرطين عدم الطول
وهو المهر والنفقة وخوف العنت وهو مشقة الترك وقيل يكره فعلى الاول يحرم الثانية ولا خلاف
في تحريم الثالثة أقول اتفق علماء الاسلام على اباحة نكاح الامة بالملك مع تحقق الشرطين
وهما عدم الطول وخوف العنت والصبر عنها افضل لقوله تعالى وان تصبروا خير لكم واما مع احدهما
ففيه القولان المذكوران والاول قول الشيخ في الخلاف والمفيد وابن ابي عقيل وابن الجنيد وابن البراج
والثاني قول الشيخ في النهاية والمصنف في المختلف ولبعض اصحابنا قول ثالث وهو انه لا يحل الا بشرط
واحد وهو ان لا يكون عنده حرة وان كانت تحته حرة لم يحل ونقله الشيخ عنه في الخلاف لان المانع من النكاح
وجود نكاح بالفعل لا القدرة عليه كنكاح الاخت والخامسة ولما رواه الحلبي في الحسن عن الصادق
عليه السلام قال تزوج الحرة على الامة ولا تزوج الامة على الحرة ومن تزوج امة على حرة فنكاحه
باطل ومن فهما معنى الشرط احتج الاولون بقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات
المؤمنات فمن ما ملكت ايمانكم من فتياتكم المؤمنات الى قوله ذلك لمن خشي العنت منكم فشرط اولا
في نكاح الاماء بالعقد احد الشرطين المذكورين اذ من فيهما معنى الشرط وثانيا قوله ذلك اشتراط الآخر
وبما رواه محمد بن مسلم قال سألت ابا جعفر عليه السلام عن الرجل تزوج المملوكة قال اذا اضطر
اليها فلا بأس واذا للشرط والاضطرار قد فسر بما مر احتج الآخرون بعموم قوله تعالى وانكحوا
الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم وقوله ولامة مؤمنة خير من مشركة والاصح
عندي الكراهة واختاره والدي المصنف في المختلف واجاب عن حجة الاولين بان المعلق بالشرط
الامر بالنكاح وهو اما للوجوب او الندب على الاقوى الاقوال وقد بين في الاصول ونفيهما لا يستلزم
نفي الجواز لان نقيض الخاص اعم من نقيض العام مطلقا ويظهر فائدة الخلاف انه مع حصول شرطي
الجواز يجوز نكاح الواحدة قطعا وتحرم الثانية لانتفاء احد الشرطين على الاول وعلى الكراهة تكره

وهو الثاني وعلى الثالث اذا انتفى خوف العنت ووجد الطول وليس له زوجة حرة عنده يحرم نكاح
الامة على الثالث لان شرط التحريم ان يكون عنده زوجة حرة وهو منتف والاجماع على تحريم الثالثة
تنبيهات أ الطول لغة السعة وشرعا مهر الزوجة الحرة ونفقتها ووجدها و
امكان وطئها فهذه شرطان فعلى عدمهما والعنت لغة المشقة الشديدة وشرعا الزنا لانه سبب
المشقة بالحد في الدنيا والعقوبة بالنار في الآخرة وخوف العنت يتحقق بقوة الشهوة وضعف التقوى
ب يقبل قوله في خوف العنت وفي عدم الطول ولو كان في يده مال وادعى انه ليس له او ان
عليه دينا بقدره ولا يملك غيره قبل ج الشرطان حال وقوعهما لا يرفع النكاح السابق ولو كان العقد
ولا يستعار الرجعة في الرجعية د التحريم هنا راجع الى الوطء والعقد بتبعيته وهو قول الشيخ
في المبسوط وابن ابي عقيل وقال المفيد التحريم راجع الى العقد فلا يبطل العقد وهو اختيار ابن البراج
وليس بجيد قال قدس الله سره ولو تزوج اثنين دفعة حينئذ قيل يتخير وقيل يبطل اقول
القائل بالتخيير هو الشيخ في النهاية وتبعه ابن البراج وهو اختيار ابن الجنيد لانه لو جمع بين الاختين في عقد
يتخير وكذا في الاثنين اما المقدمة الاولى فلما رواه جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن احدهما عليهما السلم
في رجل تزوج اختين في عقد واحد قال هو بالخيار ان يمسك ايتهما شاء ويخلي سبيل الاخرى
واما المقدمة الثانية فلاتفاق الامة على عدم الفرق بينهما ولانه لو جمع خمسا في عقد يتخير اربعا فكذا
هنا اما المقدمة الاولى فلما رواه جميل بن دراج في الحسن عن الصادق عليه السلم في رجل تزوج
خمسا في عقد قال يخلي سبيل ايتهن شاء ويمسك الاربع واما المقدمة الثانية فلنص الامة على عدم الفرق
وهو ضروري والقائل بالبطلان ابن حمزة وابن ادريس لانه عقد منهي عنه والنهي يدل على الفساد و
لان نسبة العقد اليهما على السوية فلا يصح في احدهما دون الاخرى والا لزم الترجيح من غير مرجح
واجيب والذي عن الاول بان النهي في غير العبادات لا يدل على الفساد وعن
الثاني ان المرجح اختياره مع العقد لما ذكر في الروايتين والاقوى عندي البطلان قال
قدس الله سره ولو تزوج الحر حرة في عقد واثنتين في عقد وثلاثا في عقد واشتبه السابق
صح نكاح الواحدة على الثاني اقول هذا فرع على المسألة المتقدمة وتقريره انه اذا تزوج
الحر حرة في عقد واثنتين في عقد وثلاثا في عقد فان قلنا ببطلان العقد اذا اشتمل على محرمية

و

واليه اشار المصنف بقوله الثاني صح نكاح الواحدة لان احد العقدين في غيرها باطل والآخر
صحيح فهي اما ثالثة او رابعة وتفصيله اما ان يكون سابقة على العقدين الآخرين فيصح قطعا وان
تاخرت عن العقدين مع الحكم ببطلان احد العقدين الآخرين فهي اما ثالثة او رابعة وان كانت بينهما
فهي اما ثالثة او رابعة ايضا فيصح فيها نكاحها واما العقدان الباقيان فاحدهما باطل ولا يعلم انهما هو
فحكمه كما سبق في المسبية واما على التخيير فنقول واحدة من الثلاث نكاحها صحيح على كل تقدير
من التقادير التي يمتنع الخلو عنها لانه ان كان عقد الثلاث سابقا على الكل صح في الكل
وان كان متاخرا عن الكل صح في واحدة وتخير وان وقع بينهما فان كان السابق عقد الاثنين تخير
من الثلاث اثنين فيدخل فيه اختيار الواحدة وبطل عقد المفردة وان كان السابق عقد المنفردة
مع عقد الثلاث تخير كلهن وبطل عقد الاثنين فقد انحصر التقادير الممكنة في عقد الثلاث في صحة
العقد في الكل ومع صحة العقد في اثنين وفي صحة العقد في واحدة وتخير فوقوع الواحدة من
الثلاث لازم لكل واحدة من النقيضين ولما امتنع ارتفاعهما وجب وقوع ذلك اللازم قطعا فواحدة
من الثلاث عقدها صحيح ثم الاشتباه في تعيينها وفي كونها بالتخيير او لا به والواحدة المفردة لا تخيير
فيها بل الاشتباه في صحة نكاحها حرمتا وبطلانه كذلك والاثنان في عقد واحد الاشتباه في صحته
فيهما وبطلانه فيهما وفي احدهما فالتخيير على هذا التقدير والاثنان من الثلاث كذلك فظهر من
ذلك ان له التخيير في اثنين واحدة من الثلث اللواتي في عقد قطعا وليس له التخيير في غير ذلك للزوم
تلاف من اللواتي وبطلان اثنين وحصول الاشتباه فثبت حكمه وقد تقدم البحث فيه تفريع
على القولين اما على صحة المفردة حرما فلها ربع ميراث النسوة وهو الربع او
الثمن لامكان صحة الثلث معها فلا يستحق الا الربع ويمكن صحة نكاح الاثنين فلها الثلث
فيوقف ما بين الثلث والربع وهو نصف سدس من المفردة والثلث لا حق للاثنين
فيه ويوقف الثلثان نصيب النسوة بين الاثنين والثلاث لا حق للمفردة فيه
ويترتب الصلح قبل البيان بالصلح من نصف السدس بين الواحدة والثلاث لا حاجة الى رضا
الاثنين فيه وفي الثلث بين الاثنين والثلاث لا حاجة الى رضاء المفردة فيه واما على
التخيير فيوقف نصيب الزوجية الربع منه يوقف بين الثلاث والباقي بين الكل ٢ ٢

الفصل الثالث في الكفر قال قدس الله سره واما السامرة فقيل انهم اليهود والصابئون
من النصارى والاصل انهم ان كانوا انما خالفوا القبيلين في فروع الدين فهم منهم وان خالفوهم في
اصله فهم ملحدة لهم حكم الحربيين اقول فرع على جواز نكاح اليهودية والنصرانية للمسلم دواما
اختيارا فرعين أ السامرة اختلفوا في نكاحها فاباحه بعضهم ونفاه آخرون واصل القولين
ان السامرة ان خالفوا اليهود في اصول دينهم حرم نكاحهن لانهم كفار خرجوا عن اليهود والنصارى
وان وافقوهم في الاصول وخالفوهم في الفروع فهم منهم ب الصابئون قال الشيخ انهم غير
النصارى لانهم يعبدون الكواكب السبعة وهو الظاهر من كلام المفيد وقال بعضهم انهم
قبيلة من النصارى ولهذا يقرون على دينهم والحق انهم ان خالفوهم في اصول دينهم لم يلحقوا بهم
والا الحقوا واعلم ان الصابئين جمهورهم يقولون بوحدانية الصانع ومنهم من يجعل بعده
هيولى في القدم صنع منها العالم فكانت عندهم الاصل ويعتقدون في الفلك والكواكب الحيوة والنطق
وانه المدبر لها في هذا العالم والدال عليه وعظموا الكواكب السبعة وعبدوها وسماها بعضهم ملائكة
وجعلها بعضهم آلهة وبنوا لها بيوتا للعبادات لغير الله وهؤلاء لا تحل لنا مناكحتهم ان قلنا بجوازه في
اليهودية والنصرانية قال قدس الله سره ولو انتقل اليهود بعد بعث عيسى عليه السلام او بعد
مبعث النبي عليه السلام اشكال اقول منشأ الاشكال انه دخل في دين منسوخ بعد نسخه فلا يقر
ولان الاصل بقاء حكم الكفر عليه ولانه خرج من دين يعتقد بطلانه ودخل في دين كان يعتقد بطلانه
والاعتقاد ان بعد النسخ مطابقا لما في نفس الامر الان ومن عموم النص باقرار اليهود والنصارى
على دينهم خرج ما اذا انتقل بعد بعث النبي عليه السلام فيبقى الباقي على الاصل والمحققون ان هذا مبني على
ان الكفر هل هو ملة واحدة او ملل مختلفة فعلى الاول يقر وعلى الثاني لا يقر وهو الحق عندي لقوله
تعالى ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه قال فلو انتقل كل منهما قبل التبديل
او بعده او دخلوا في دين من بدل اولا فلا اقر احتمال حكم المجوس اقول لانهم تمسكوا بالتورية
ولم يعلم تقدم تبديلها والاصل عدمه فهم اقرب من المجوس لان لهم شبهة كتاب وهؤلاء لهم
كتاب حقيقة ومن حيث ان شرط كونه يهوديا مقرا على دينه تمسكه بالتورية وهو غير معلوم
والجهل بالشرط يستلزم الجهل بالمشروط والمجوس انما اقروا بالنص ولولاه لم يقروا ولم يرد هنا

انهم

انهم دخلوا بعد الفسخ فلا يقبل منهم والاصح الاول قال قدس الله سره اما الاول ففي
تحريم نكاحهم على المسلم خلاف اقربه تحريم المؤبد دون المنقطع وملك اليمين اقول
البحث في هذه المسألة تقدم قال قدس الله سره وكذا الثاني اقول الثاني من له شبهة
كتاب وهو المجوس فقال بعضهم يحرم نكاحهن مطلقا وهو اختيار المفيد وسلار وابي الصلاح وابن
ادريس والمرتضى وكلامه حرم الكتابية مطلقا وقال علي بن بابويه رحمه الله يجوز ملك اليمين لا بالعقد وذهب
ابن البراج الى كراهة وطي المجوسية بملك اليمين والمتعة وجوز الشيخ في النهاية وطي المجوسية متعة وبملك
يمين والحق عندي الاول لان نبوة كتابهم غير متيقن اذ قول النبي عليه السلام سنوا بهم سنة اهل
الكتاب يشعر بانهم ليسوا باهل كتاب والذين قالوا بالاباحة قالوا دفع دلالة الايات الدالة على تحريم نكاح الكفار
عامة خصت عند بعضهم بقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب واذا اختص الحكم بوصف
فلا حكم به الا في صورة علم الوصف قالوا قال النبي عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب و
تساوي السببين لعموم الحكمين قلنا لو سلم صحة السند لم يسلم العموم قال قدس الله سره
والاقرب الحاق الولد باشرفهما كالمسلم اقول بنى على ان الكفر ليس ملة واحدة وعلى ثبوت
الشرف لاحدهما على الآخر ليتم دخوله تحت العموم في قولهم الولد يتبع اشرف الطرفين ووجه القران
الكتابي يقر ويحترم بخلاف الحربي فيكون له مزية بلا شك يقتضي علوه عليه ولا نعني بالشرف الا ذلك
وكذلك الناسخ ابطل المنسوخ فيعلو عليه قالوا الاشرف افعل التفضيل فلا بد من اشتراكهما في
المطلق ثم زيادة احدهما على الآخر قلنا ممنوع ومنقوض بالحمد والحجارة والمسلم والكفار وتتفرع
على ذلك انه لو تولد من وثنية ويهودي او بالعكس او مجوسية فان قلنا يلحق باعلى الدينين عند من
يجوز نكاح الكتابية ومنع نكاح الآخر والا منع من نكاحه تغليبا للتحريم ونحو ذلك يأتي في فروع التبعية وعدها
قال قدس الله سره واذا تحاكم اهل الذمة الينا تخير الامام بين الحكم بينهم وبين ردهم الى اهل
ملتهم ان اتفق الغريمان في الدين وكذا ان اختلفا على اشكال اقول اذا ترافع الذميان
الينا في نكاح وغيره من حقوق الآدميين فاما ان يكونا متفقي الملة او مختلفي الملة فهنا
مسألتان المسألة الاولى ان يتفقا في الملة فذهب الاكثر الى انه يتخير في الحكم بينهم وبين
ردهم الى ملتهم لقوله تعالى وان جاؤك فاحكم بينهم او اعرض عنهم ولا يجوز تركهما على النزاع

بل يحكم او تردهما الى حاكم ملتهما يحكم عليهما لاقرارهما بلزوم حكمه قالوا قال الله تعالى
وان احكم بينهم بما انزل الله ولانه يجب على الامام دفع الظلم عنهم فيجب ان يحكم بينهم لان ما لا يتم
الواجب المطلق الا به فهو واجب قلنا حكم ما انزل الله او اعرض عنهم ودفع ما يعتقدونه حقا عليهم
لبعضهم بعضا مع اعتقادنا بطلانه لا يجب المسئلة الثانية ان يختلف ملتهما فقال المصنف فيه اشكال
ينشا من عموم الآية الدالة على جواز الرد ومن ان جريان حكم المخالف في الملة غير لازم له في التزامه و
لا في نفس الامر ولانه دايما اما ان يقره على دينه او يلزمه باحكام الاسلام لا يخلوا الامر عن ذلك
اجماعا ولا اعتقاد كل واحد بطلان حكم الآخر عليه فرده اليه غير اقرار له على دينه ولا الزام له
باحكام المسلمين والاقوى عندي وجوب الحكم بينهم في هذه الصورة وانما قيدنا بحقوق الآدميين لان
حقوق الله تعالى تاتي في باب الحدود **قال** قدس الله سره وان قلنا بالرد احتمل الى من يختاره
المدعي او الحاكم او الناكح لموافقة رايه راي الحاكم في بطلان المنسوخ **اقول** وجه الاول ان تعيين
الحاكم حق المدعي ووجه الثاني ان الحاكم هو المامور بالحد لامره بالرد والحكم واليه الاختيار في التعيين
ووجه الثالث بطلان المنسوخ ولا ياتي هذا الفرع عندي لوجوب الحكم **قال** قدس الله سره
واذا ارادوا ابتداء العقد لم يزوجهم الحاكم الا بشرط النكاح بين المسلمين فلا يعقد على خمر او خنزير و
ان زوجا عليه ثم ترافعا فان كان قبل القبض لم يحكم بوجوبه فاوجب مهر المثل ويحتمل قويا قيمته
عند مستحليه **اقول** وجه الاول ان المسمى باطل عندنا فلا يحكم الحاكم الا ببطلانه للآية واذا افسد
المسمى تعين مهر المثل ومن حيث انه قد يزيد مهر المثل عن قيمة المسمى والمراة تعترف بعدم استحقاق الزيادة
فلا يحكم لها بالزيادة وان نقص فالمدعى يثبت الزيادة وانفقا على استحقاقها فيحكم بها وليس هو حكم
بالخمر والحاكم قد يحكم بقيمة الخمر عند مستحليه كما اذا اتلف ذمي على ذمي محترم خمرا ولان العقد وقع
صحيحا وسع عليه ما سماه وانما تعذر حكم الحاكم به فيعدل الى القيمة كما لو تعذر المسمى ومثله وله قيمة
فانه يعدل الى قيمته **قال** قدس الله سره وان كان بعد قبض بعضه سقط قدر المقبوض ووجب
نسبة الباقي من مهر المثل او القيمة فان كانت عشر ازقاق خمر فقبضت خمسة فان تساوت
برئ من النصف وان اختلفت احتمل اعتبار العدد اذ لا قيمة لها والكيل والاقوى القيمة عند مستحليه
اقول اذا ترافعا الينا بعد قبض بعضه فاما ان يكون جنسا واحدا او شخصا واحدا وهو متساوي

الاجزا كزق خمر معين وقبضت نصفه او ثلثه فان قلنا بوجوب مهر المثل كان عليه من مهر المثل
بنسبة ما تخلف منه كالنصف او الثلث وان قلنا بالقيمة عند مستحليه وجب قيمة الباقي عند مستحليه
وان تعدد الشخص واتحد الجنس وتساوت صفات الكل والاجزاء كعشر ازقاق خمر فان
تساوت في القدر فقد برئ من نسبة ما قبضته من الكل كما لو قبضت النصف خمسة ازقاق وجب
عليه اما نصف مهر المثل او قيمة النصف عند مستحليه كما تقدم من الاحتمالين وان اختلفت قدرا
احتمل ثلثة اوجه آ اعتبار العدد اذ لا قيمة لها ولا يملك العين واستوى كبيرها وصغيرها فاعتبر العدد
ب اعتبار الكيل لانه يعتبر فيما تساوى اجزاؤه ج القيمة عند مستحليه لان تقدير
الخمر بالقيمة عند مستحليه كما لو اتلفه المسلم على ذمي محترم مستترا وهذا هو الاقوى عندي وعند المصنف
لانه منفرد محترم فمتجانس ولا يعتبر العين ولا المثل لانه لا حكم الشرع به فيعتبر القيمة عند مستحليه و
ان تعدد الجنس كزقي خمر وثلاثة خنازير وقبض احد الاجناس ففيه احتمالات آ ان ينظر الى
عدد الاجناس فيقدر قد قبض نصف المهر ب ان ينظر الى العدد فيكون قد قبض خمس المهر ج
ان يقوم بتقدير ماليتها فيقوم عند مستحليه وهذا هو الاقوى عندي وعند المصنف ووجه القرب ان
هذه المحرمات لا حكم الشارع بغير الغائها وانما يقع الحكم بالضمان في الذمي المحترم على القيمة عند
مستحليه لانها هي المفروضة مالا او محلاة للملكية لا غير **قال** قدس الله سره ولو طلق المسلم
زوجته الذمية ثلاثا ثم تزوجت ذميا ثم طلقها حلت للاول متعة او دواما على راي وبشرط الاسلام
على راي **اقول** فرض هذه المسئلة على قول من يجوز نكاح المسلم دايما للذمية ظاهر واما
على قول من يحرم الدائم فيتقرر فرضها فيما اذا كانا ذميين ثم طلقها طلقتين بينهما رجعة وكان
من مذهبهما اعتبار العدد في الطلاق كمذهب الاسلام ثم راجعها بعد الطلاق الثاني او تزوجها ان
كان بائنا او خرجت العدة ثم اسلم ثم طلقها وبقيت هي على دينها فتزوجها ذمي ودخل بها
وحصلت شرايط التحليل ثم انقضت عدة الثاني حلت للاول اما متعة او دواما وقيل لا يصح
الا اذا اسلمت وليس مراد المصنف بيان هذا الحكم الذي ذكرناه بل نبه على مسئلة هي ان
الذمي يصح محللا لان منه على المسلم لو طلقها ثلثا كما فرضناه بعد اسلامها ان منعنا نكاح الذمية
للمسلم او قبله متعة او دواما او جوزنا احدهما ومبنى هذه المسئلة على ان نكاح الكفار حال كفرهم

صحيح لقوله تعالى عن ابي لهب وامراته حمالة الحطب وقوله وقالت امراة فرعون فاهل الذمة
اولى بالصحة ولتقريرهم عليه بعد الاسلام والفاسد لا ينقلب صحيحا بالاسلام والتقرير على الفاسد
محال وقيل فاسد لانهم لم يلتزموا باحكام الشرع ولم يعتبروا شرايطه لكن لا نفرق بينهما لو ترافعوا الينا
مراعاة للذمة ونقرهم ان اسلموا تحقيقا وعفوا ولانه لو كان صحيحا لزم احد الامرين اما اعتبار الشرايط
فيه ويلزم منه الفحص عن كيفيته وقوعه حال الكفر بعد الاسلام او اشتراط الاسلام في التكاليف
الشرعية وكلاهما باطل اما الاول فظاهر واما الثاني فقد ثبت في الاصول والتقرير عليه ظاهر الاستلزام
صحته في نفس الامر والاصح الاول **المطلب الثالث في الانتقال** **قال** قدس الله سره
ولو اسلمت دونه قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر وان اسلما دفعة فلا فسخ وبعده تقف على انقضاء
العدة ان كان كتابيا فان مضت ولم يسلم فسد العقد على راي **اقول** اذا اسلمت الزوجة دون
زوجها وكانا ذميين بعد الدخول ومضت العدة ولم يسلم الزوج بطل النكاح عنده والذي عندي
وهو اختيار الشيخ في الخلاف وابن البراج وابن ادريس وقال الشيخ في النهاية اذا كان الرجل
على شرايط الذمة فانه يملك عقدها غير انه لا يمكن من الدخول اليها ليلا ولا من الخلوة بها ولا من
اخراجها من دار الهجرة الى دار الحرب **لنا** ان كان زوج له على زوجته تسلط وسبيل ولا شيء
من الكافر له تسلط على المسلمة ولا سبيل وذلك يستلزم صدق لا شيء من زوج المسلمة بكافر اما
المقدمة الاولى فلقوله تعالى الرجال قوامون على النساء واما المقدمة الثانية فلقوله تعالى
ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا احتج الشيخ بما رواه محمد بن مسلم في الحسن عن الباقر
عليه السلام قال ان اهل الكتاب وجميع من له ذمة اذا اسلم احد الزوجين فهما على نكاحهما وليس
له ان يخرجها من دار الاسلام الى غيرها ولا يبيت معها ولكنه ياتيها بالنهار الحديث والجواب
انه محمول على ايام العدة وقوله على نكاحهما اي على حكمه لما تقدم من الاية وما رواه محمد بن ابي نصر
في الصحيح قال سالت الرضا عليه السلام عن الرجل يكون له الزوجة النصرانية فتسلم هل
يحل لها ان تقيم معه قال اذا اسلمت لم يحل له الحديث والتحريم هو ارتفاع اثر النكاح
المستلزم لبطلانه لانه معناه ووجه الجمع ما ذكرنا وهذه من الصحاح وحجتهم من الحسان والصحاح
مقدمة على الحسان **قال** قدس الله سره واذا ارتد احد الزوجين قبل الدخول فسد العقد



في الحال ولا مهر ان كان من المراة والا فالنصف ويحتمل الجميع ان كان عن فطرة **اقول**
اتفق علماء الاسلام الا داود الظاهري على انه اذا ارتد احد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح
لقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر وقوله تعالى ولا يرجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون
لهن ثم نقول فان كانت المراة هي المرتدة فلا مهر لها لان الفسخ من قبلها وان كان الرجل هو المرتد
فعليه قيل نصف المهر وقيل كله ووجه الاول انه فرقة قبل الدخول لا بالموت فكان كالطلاق
ووجه الثاني اما اذا كان الارتداد عن فطرة فلانه كالوفاة ولهذا تقسم تركته وتعتد زوجته
عدة الوفاة والوفاة موجبة لجميع المهر واما ان كان عن غيرها فلان المشطر للمهر هو الطلاق ولم يوجد
وسيجيء في المسئلة ان المهر هل يجب كله بالعقد او نصفه وسياتي تمام البحث فيه والحق عندي
الثاني **قال** قدس الله سره ولو انتقلت الوثنية الى الكتابية واسلم الزوج فان قلنا منها غير
الاسلام فالنكاح باق والا وقف على الانقضاء بعد الدخول وقبله بطل **اقول** لا نزاع في اختلاف
الاصحاب في ان الوثني اذا انتقل الى الكتابي هل يقبل منه او لا واختار المصنف عدم القبول وقد
تقدم البحث فيه وفرع المصنف رحمه الله على هذا الاصل هذا الفرع الذي ذكره هنا وذكر حكمه على كل
واحد من القولين وتقريره ان الزوجين اذا كانا وثنيين ثم انتقلت الزوجة الى ملة اهل الكتاب فصارت
يهودية مثلا ثم اسلم الزوج فعلى القول بقبول ذلك منها النكاح بينهما باق لاقرار نكاح
الذمية بعد اسلام زوجها سواء كان ذلك قبل الدخول او بعده وعلى القول المختار وهو عدم القبول
فاذا اسلم الزوج اعتبرت العدة فان اسلمت فيها استقر نكاحها والا انفسخ النكاح فقد ظهر من
تقريرنا هذا انه لا منافاة بين هذا الفرع وبين ما ذكره المصنف فيما تقدم من انه اذا انتقل الى دين
اهل الكتاب بعد مبعث النبي عليه السلام فانه لا يقبل **قال** قدس الله سره ولو عقدوا على غصب
المراة نكاحا اقروا عليه على اشكال بعد الاسلام وقبله **اقول** منشا الاشكال اعتقادهم صحته و
اقرارهم على اعتقادهم ولانه ليس فيه اقامة الفعل مقام القول فاشبه ساير وجوه الفساد ومن
حيث انه غصب للمحترم وهو ظلم قبيح عقلا بالضرورة ويستحيل ان يحسن الشارع تحت ملة
من الملل غصب المحترم فهو من المحرف ولان التمكين من الظلم والتقرير عليه قبيح عقلا وهذا
الاشكال قبل الاسلام او ما بعده فمن حيث ان دوام الغصب كابتدائه في القبح ومن حيث اقرارهم

على ما كانوا يعهدونه والاصح عندي انه لا يعزرون والتحقيق ان هذا في حق اهل الحرب اما الذميون
اذا فعلوا ذلك لم يقروا عليه لان على الامام ان يدفع قهر بعضهم عن بعض خصوصاً مع ترافعهم
الينا بخلاف اهل الحرب والمستامنون ليسوا كاهل الذمة في ذلك اذ ليس على الامام دفع بعضهم عن
بعض بل يلزمه ان يمنع غيرهم ممن يجري عليه احكام الاسلام **قال** قدس الله سره ولو اسلم معه
اربع من الاماء فالاقرب ان له اختيار الكتابيات **اقول** وجه القرب ان الاسلام لا يمنع استدامة
نكاح الكتابية السابق عليه اجماعاً فلا ترجح في المسلمات ومن حيث ان نكاح الكتابيات مختلف فيه و
المسلمات متفق عليه فهو اقوى ويصح انما على قول من شرط في نكاح الكتابيات الضرورة فلا
اشكال في عدم جواز اختيار الكتابيات بل ينظر هل العدة بعد الاسلام ومنشؤ هذه المسئلة ان
الاختيار هل هو كالابتداء او لا فيحتمل بالاول لتضاد استدامة المسلمات واستدامة الكتابيات
لزيادة العدد على العدد الشرعي فيرتفع اما الكل فيكون كالابتداء قطعاً او احد الصنفين والمسلمة
لا يرتفع نكاحها بالكتابية فيتعين الحكم وقيل بالثاني لثبوت النكاح والاصل البقاء حتى يرتفع بسبب
الرافع شرعاً فلا يكون كالابتداء والاقوى عندي ان له اختيار الكتابيات مثل الاختيار **قال**
قدس الله سره ولو اسلم الحر على اربع اماء تخير ايضاً وكذا لو كان معهن حرائر اذا رضين الحرائر
والاقرب اعتبار رضا جميع الحرائر دون الخامسة اذا فسخ نكاحها والا اعتبر **اقول** وجه القرب
انه لزمه نكاح اربع من الحرائر اذ نكاح الاماء اما ممتنع او موقوف على اذن الحرائر و
لا يحل منهن اكثر من اربع فحرائر لان منهن قطعاً يتخير في تعيينها فيعتبر رضاء الحرائر
في اختيار الاماء لان الاختيار هنا يشبه ابتداء النكاح فيلزم اعتبار الشرائط لانهم قبل الاسلام
لم يلتزموا احكام الدين وامرهم الشارع في الدنيا على ذلك وهو حال العقد فلم يعتبر حينئذ
الشرائط ثمة وباسلامهم التزموا احكام الدين والزمهم الشارع بها في الدنيا حينئذ مقام حال
الاسلام مقام ابتداء العقد ويعتبر حصول الشرائط حينئذ ومن ثم قالوا لو نكح الكافر معتدة
في عدتها ثم اسلما فان كان حال اسلامها العدة باقية حكم ببطلان النكاح والا صحته
فكما يعتبر اذن الزوجات الحرائر في صحة نكاح الامة ابتداء على ما اختاره في هذه المسئلة في
موضعه اعتبر هنا حال الاسلام ولا يعرفان بعينهما وكان رضاء الكل مستلزماً لرضاهما

ولم

ولم يكن العلم بحصوله الا بحصول رضاء الكل اعتبر رضا كل الحرائر قبل فسخ نكاح
واحدة منهن ولو زدن على الاربع فلا يعتبر رضى المفسوخة كالخامسة ويحتمل توقف اختيار
الاماء حتى يختار الاسير ثم بعد اختيارها باذنهن في اختيار الحرة الاسير لانه امر معين
فلا يصدر الا عن سبب معين فقبل تعيين الحرائر لا يصلحان للاذن ويحتمل ان لا يتوقف
على رضاء الحرائر وهو بناء على ان الاختيار كالاستدامة وهو قول لبعض الفقهاء لانه لا يشترط فيه
صيغة النكاح وقبول المراة ولانه استدراك لعقد اشرف على الزوال فاشبه الرجعة ولجوازه
في الاحكام وعلى هذا القول يحتمل المسئلة رابعاً وهو حيث ان اختلاف الدين يوجب صيرورة كل
واحدة بمنزلة المطلقة الرجعية فيكون قبل الاختيار كل واحدة كزوجة واستثني هذه الصورة
من الحكم بتحريم اجتماع الزائد لصيرورة الزائد الى بينونة كلية فيصير غير المختارة بعد اختيار
غيرهن بائنة فقبل الاختيار يشترط رضاء الكل لانهن في حكم الزوجات **قال** قدس الله سره
واذا اسلمت الوثنية فتزوج الكافر باختها فان انقضت العدة على كفره صح عقد الثانية ولو
اسلما في عدة الاولى تخير ولو تأخر اسلام الثانية حتى خرجت عدة الاولى وقد اسلم بانت ويحتمل
انتظار العدة الثانية من حين اسلامه فان لحقت به تخير وان خرجت عدة الاولى **اقول**
الاول قول بعض الاصحاب لانه قد اجتمع اسلام الزوج والزوجة الاولى في العدة ولا مانع
اذ نكاح الاخت المتاخرة باختلاف الدين مفسوخ وانما يرتج بالاسلام قبل حصول مانع منه
ولم يحصل فلا يصلح لمانعية نكاح الاخت المسلمة المتقدمة لعدم الموجب للفسخ وهو اختلاف
الدين فيستقر نكاحها فيبين اختها الكافرة بثبوت نكاح اختها الاولى المسلمة فلا ينتظر
لها عدة والاصح الاخير لفرض العدة مع اختلاف الدين بين الزوجين بعد الدخول والتأييد
زوجة لوقوع نكاحها في حال كفرهما وهي مدخول بها وقد اسلم الزوج فيفرض لها العدة
من حين اسلامه ولا يقع البينونة الا مع خروج العدة المفروضة ولم يحصل بعد فلا يحكم
بالبينونة واذا فرضت العدة للثانية فان اسلمت في عدتها تخير حينئذ ولا تعلق للثانية
بعدة الاولى لان الاعتبار باسلام الثانية **قال** قدس الله سره واذا اسلم الحر
على اكثر من اربع حرائر مدخول بهن وثنيات فقوله ولو اختار فسخ المسلمات ثم لم يكن

له الا بعد الاسلام اسلام اربع لامكان ان لا يسلمن في العدة فيلزمه نكاح المسلمات فلو اختار
الفسخ ولم يسلم الباقيات في العدة انفصل نكاحهن ولزمه نكاح من اختار فسخهن وان اسلمن كان
اختار منهن اربعًا انفسخ الزايد والاوايل وان اختار الاوايل احتمل الصحة لان فسخه الاول لم يكن
صحيحًا وقت وقوعه والبطلان لان بطلان الفسخ انما يتم لو اقام البواقي على الكفر لا انا نسير لزوم نكاح
المسلمات انا اذا اسلم البواقي واذا انفسخ فيه نكاح من سابق جاز ولم يكن له ان يختار لم **اقول**
هذه المسئلة مبنية على ان الفسخ لما خاطب به الاوايل هل وقع باطلا في اصله لان نكاحهن ثبت ولا يفسخ
الا باختلاف الدين مع خروج العدة وليس او زيادتهن على العدد واختيار غيرهن وليس ولا عن
لم يردن على العدد المحلل لان او وقع مراعى واسلام الباقيات كاشف عن صحته وفرق بين وقوعه
موقوفًا ومراعى للفرق بين وقفه والموقوف في الحكم به ووجه الثاني انه لا يخلو في نفس الامر
اما ان يسلم البواقي في العدة او لا والاول يستلزم ملكه الفسخ وقد وقع من وقوع اسلام البواقي
فعلمنا انه كان له الفسخ في علم الله تعالى. والثاني لم يقع **قال** قدس الله سره ولو اعتق
قبل اسلامه ثم اسلم واسلمن او اعتق بعد اسلامه على اشكال ثم اسلمن بعد اسلامه كان له اختيار
الاربع **اقول** مبنى هذه المسئلة ان الشرط والمانع هل يعتبر عند اجتماع الاسلامين لانه وقت
الاختيار او عند اسلامه لانه عند التزامه باحكام الدين فعلى الثاني ليس له اختيار الاربع
لان باسلامه وهي اماء انفسخ نكاح ما زاد على اثنين فلا يعود بالعتق وعلى الاول ان الاعتبار في
شرايط نكاح الحر للامة هو حال اجتماع الاسلامين وهو حينئذ حر **قال** قدس الله سره
ولو اسلم عن خمس فلحق به اربع فله اختيار ثلاث وانتظار الخيار في الرابعة حتى تخرج عدة
الخامسة على اشكال وهل له انتظار الخيار في الجميع الاقرب المنع لانه يلزمه نكاح ثلاث
منهن فيختار ثلاثًا فان اسلمت الخامسة تخير والا لزمه نكاح الرابعة **اقول** وجه الاول
انه لا بد وان يلزمه نكاح ثلاث منهن فلا معنى لانتظار الخامسة ولان الاختيار انما
يكون عند الزيادة على الاربع ولم يوجد ويحتمل جواز التاخير لجواز التاخير لو اسلم
معه واحدة لانه ما دام في العدة لم يحكم بالبينونة فيجوز التاخير لاصالة البقاء والاقوى
الاول لان للثلاث عليه حقوق الزوجية فلا يجوز تاخيرهن كالنائبة **قال**

قدس الله سره ولو اسلم اب المجنون ففي التبعية اشكال فان قلنا به فالتخيير للاب او الحاكم
اقول سبب التبعية في الصغير النقص عن احكام التكليف وعدم اعتبار العبارة
وهو هنا متحقق ومن اصالة عدم التبعية للشرع في الاحكام خرج الصغير للاجماع فما عداه لم يقم
دليل تبعيته فيبقى على الاصل ويتفرع على التبعية انه اذا اسلم الاب وللابن المجنون ازيد من
اربع نسوة فالخيار عنا الى الاب على مذهب المصنف ومع فقد الاب بعد اسلامه فالى الحاكم
لامتناع الانتظار للاضرار ولانه كالطلاق وقد صرح المصنف في موضعين احدهما قبل هذا البحث
والثاني في المطلب الثاني في المولى عليه لان الولاية للاب او الجد له وقيل لا ولاية في الاختيار
هنا لانه اختيار شهوة ولا تشعر الحاكم ولا الولي فيه الامن

المطلب الرابع

في كيفية الاختيار **قال** قدس الله سره اما اللفظ فصريحه اخترتك او امسكتك او مسكتك
او اخترت نكاحك او امسكته او سبه وشبهه متغير اعلى الاقوى **اقول** وجه القوة ان
الاختيار سبب شرعي ولم يجعل الشارع سببًا غيره في معناه ولا شرطه بغير ما شرطه والاسباب
والشروط الشرعية انما تستفاد من النقل لا غير فلو علقه فالمعلق عليه اما ان يكون سببًا
او شرطًا وعلى كل تقدير يكون زيادة على الشرع وادخالا فيه ما ليس منه وقيل شاذا بالصحة
لاصالة صحة تصرفات المسلم وليس بحجة **قال** قدس الله سره وليس الظهار ولا الايلاء اختيارًا
على اشكال **اقول** الطلاق اختيار لانه لا يواجه به الا الزوجة ولانه رفع للنكاح الثابت
في الزمان المستقبل بلفظ الطلاق فالنكاح جزء مفهومه او لازمه لزومًا بينا بمعنى ان تصور الطلاق
يستلزم لتصور النكاح فاشبه ما يستلزم اثباته فاذا طلق فقد اثبت النكاح وهذا هو معنى
الاختيار ولان ارادة ايقاع الملزوم لزومًا بينًا بلا لازمه ارادة للمحال ومناقضة لا يقال
في قصة فيروز الديلمي قال صلى الله عليه وآله لما طلق ايتهما شئت فلو كان الطلاق تعيينًا
للنكاح كان ذلك تفويضًا للنكاح معًا لانا نقول لو سلم الشيء كان قد استعمل لفظ الطلاق
في الفراق مجازًا وهو جايز اذا عرفت هذا فنقول الظهار والايلاء كل واحد منهما
هل هو اختيار ام لا قال المصنف فيه اشكال ينشأ من ان الظهار وصف بالتحريم والايلاء
حلف على الامتناع من الوطي وكل واحد من المعنيين بالاجنبية اليق منه بالمنكوحة ومن

ان كل واحد منهما لا تقع الا بالزوجية فهما من خواص النكاح والاصل قصد العاقل الى الصحيح من
الافعال واثبات خاصة التي تستلزم اثباته والاقوى عندي الاول لان اللزوم هنا شرعي وثم عقلي من وهنا
غير بين ولانه قد يقصد بكل منهما مبالغة التحريم قال قدس الله سره ولو طلق او ظاهر او آلى
او كفر قذف بعد اسلامه حال كفرها فان خرجت العدة عليه فلا حكم بل التعزير في القذف وسقط
بالبينة خاصة وان اسلمت فيها فالاقرب وقوع الطلاق اقول هذا مبني على ان الاسلام هل هو
كاشف عن بقاء النكاح او ارتجاع له كالرجعة اختار المصنف هنا الاول لان الفرقة بسبب فقد
شرط اباحة العقد بائنة والانعتاق في الاسلام شرط الاباحة وكل فرقة بائنة لا بد فيها من استيناف
النكاح وقيل لا تقع لانه طلاق معلق على شرط وهو تجدد اسلامها وكل طلاق معلق على شرط فهو
باطل قال قدس الله سره وفي تنزل الكنايات منزلة الطلاق في الاختيار اشكال الاقرب
العدم وان قصد به الطلاق اقول منشؤه من حيث ان الطلاق انما كان اختيارا لان وجود
الكل او الملزوم مستلزم لوجود الجزء او اللازم وفي الكناية لا يوجد الطلاق فلم يوجد ما يدل
على الطلاق باحدى الدلالات ومن حيث ان الاعتبار بقصده وقد قصد الطلاق فدل على انه
قصد النكاح والحق الاول لانه اما باعتبار ثبوت معنى الطلاق او باعتبار دلالة اللفظ والاول
منتف والثاني باطل ايضا لان الكناية في الطلاق مجاز فلا تستعمل في ملزومه مجازا والا لتجوز
من المجاز وهو باطل باتفاق الاصوليين قال قدس الله سره وكذا لو اوقع طلاقا مشروطا
فقال كلما اسلمت واحدة منكن فقد طلقتها اقول البحث في هذا كما مر في المسئلة السابقة
قال قدس الله سره وفي التقبيل واللمس بشهوة اختيار اقربه ذلك كما هو رجعة اقول
وجه القرب انه يقتضي الرجعة اجماعا فيقتضي الاختيار لان الرجعة والاختيار معلولا علة
واحدة وهي الفعل الصادر منه الدال على اختيار النكاح لفظا كان او غيره ووجود احد
المعلولين يدل على وجود المعلول الآخر وهذا برهان انّي ولما اقتضى اللمس والتقبيل بشهوة
الرجعة اقتضى الاختيار لما ذكرنا ويحتمل العدم لانهما قد يوجدان في الاجنبية فهما اعم من
الاختيار والعام لا دلالة له على الخاص ولان دلالتهما ليس لذاتهما بل باعتبار مقدمة اخرى
هي ان المسلم الاصل في افعاله الصحة والاباحة ولا يلزم من جعل الشارع اياه سببا في حكم

وهو

وهو الرجعة جعله سببا في غيره لتلك الصورة مع اختلاف الموضوع والمحمول ولقد اورد ذلك
على المصنف واجاب بان النص دل على ان الاختيار هو كل فعل يدل على الرضاء
بالنكاح واختيار بقائه وان كلا من اللمس والتقبيل بشهوة دال على الرضاء بالنكاح واختيار
بقائه ولهذا جعلوه رجعة فتعديه الحكم هنا تعدية لحكم الكلي الى جزئياته او من باب اتحاد
طريق المسئلتين كاية اولي الارحام والاقوى عندي انهما اختيار لان الطلاق رفع قيد النكاح وازالة
له فاذا اقتضيا ابطاله وثبوت النكاح لاشتمالهما على الرضاء به فاولى ان يدلا على الاختيار
والاستمرار النكاح لكن اقتضيا وهما الرجعة بالاجماع قال قدس الله سره ولو تزوج باخت
احديهن لم يصح وهل يكون اختيارا لفسخ عقدها اشكال اقول منشاه من ان نكاح
الاخت مناف لنكاح الاخت الاخرى في الصحة بمعنى انه لا يمكن جمعهما في الصحة في زمان واحد
وارادة احد المتنافيين يستلزم ارادة نفي الآخر لان ارادة الملزوم يستلزم ارادة اللازم ولان
كل ضد يستلزم نقيض ضده ولهذا يا فلان ولا فرق بين ان ياتي بلفظ يدل على النقيض بالمطابقة
وبين ان ياتي بما يدل على الضد في الدلالة على النقيض ويحتمل عدمه لمنع الاستلزام وقد
بينت هذه المسئلة في علم الكلام ولان العقد عليها قد يوجد مع عدم الاختيار وقد يوجد معه
فهو اعم منه ولا دلالة للعام على الخاص والاقوى عندي الاول لان العقود انما يحمل من المسلم
على الصحيح قال قدس الله سره ولو عقد على اربع وتخلف اربع فعين الاوائل للنكاح صح ولو عينهن
للفسخ لم يصح ان كان الاواخر وثنيات والاصح ويحتمل التوقف اقول المراد بالتوقف
هنا ان يكون الفسخ مراعى باسلام الباقيات وعدمه كاشعار عن صحته او بطلانه فان
اسلم الباقيات ظهر صحة الفسخ وان لم يسلمن ظهر بطلان الفسخ اذ الواقع امر صالح للتاثير في
البينونة عند اسلام الباقيات ووجه البطلان ان الفسخ انما يصح فيما زاد على الاربع من
المسلمات ولقوله عليه السلام امسك اربعا وفارق سايرهن ولم يحصل هنا ولانه لو صح الفسخ لزم
امكان احد امور ثلاثة اما فسخ المسلمات وبقاء الكافرات على النكاح او انفساخ نكاح
الكل او اعادة الحكم الشرعي الذي عدم من غير سبب والكل محال بيان الملازمة
انه اذا صح وقع اثره وهو زوال النكاح لانه معنى صحة السبب فاذا لم يسلمن اما ان يثبت نكاح

الكافرات اولا والاول يستلزم الامر الاول والثاني اما ان يبقى زوال نكاح المسلمات وهو الامر
الثاني او يعود فيلزم الامر الثالث واما استحالة الكل اما الاول فباجماع الامة واما الثاني
فلانه يلزمه نكاح اربع منهن بلا اجماع واما الثالث فظاهر لان اعادة الحكم الشرعي بعينه بعد زواله
محال ومثله لا سبب له واجاب المصنف بان صحته هنا صلاحيته التاثير عند اسلام الباقيات
او كون اسلام الباقيات كاشفا عن صحته وعدمه عن فساده ولا استحالة فيه وهو وجه احتمال
الوقف فان لله تعالى في هذه الواقعة حكما وهو مستتر علينا وقد جعل الله عليه دليلا وهو بقاء
الباقيات على الكفر الى خروج العدة على بطلانه واسلامهن على صحته ومثل هذا جائز في حكم
الشارع قال قدس الله سره ولو عين المطلقات للفسخ صح والنكاح لا يصح الا ان جوزنا الوقف
اقول اذا عين المطلقات للفسخ جاز اجماعا لوجود المقتضي وهو الاحلاف والشرط وهو الزيادة
على الاربع وعدم المانع لا يقدر ان يقال على الكفر انفسخ نكاحهن وتعينت الاوائل للنكاح وان اسلمن
كان له فسخ نكاحهن فاذا احقوا الفسخ على تقدير وطلقه على تقدير ولم يحل الامر من التقديرين
صح اختيار فسخه وان عينهن للنكاح لم يصح لوجود المقتضي لبطلانه وهو الكفر لان الاتفاق في الاسلام
شرط في اباحة العقد واستمراره ولهذا ينفسخ النكاح مع عدمه والاختيار يقتضي لزومه فتضاد اثراهما
فتنافيا ووجود احد المتنافيين يستلزم انتفاء الآخر قوله الا ان جوزنا الوقف معناه ان
جوزنا وقف الاختيار الى انتهاء العدة فان اسلمن فيها حكمنا بصحة الاختيار وان بقين على الكفر حكمنا
ببطلانه هكذا قرر قدماء الفقهاء وماخذ الاحتمالين منحصر في طريقين احدهما الخلاف في وقف
العقود وهو اختيار والدي في درسه وثانيهما ان اختيار النكاح هل هو كابتداء النكاح او هو
استدامة له فعلى الاول لا يصح لان المسلم لا يمكن ان يبتدي النكاح على الكافرة الحربية ولا يكون
موقوفا بل يقع باطلا وان قلنا انه استدامة جاز ان يكون موقوفا كالاصل والحق عندي البطلان
في هذه المسئلة والمتقدمة قال قدس الله سره ولو اسلم ثمان على الترتيب فخاطب كل
واحدة بالفسخ عند اسلامها تعين للفسخ الاربع المتاخرات وعلى الوقف المتقدمات اقول
هذه المسئلة تتفرع على ما تقدم من الاحتمالين في فسخ المسئلة منهن قبل زيادتهن على العدد فنقول
على تقدير الوقف اي المراعاة بمجرد اسلام المتاخرات ظهر لنا وقوع فسخ المتقدمات ويلزمه

نكاح اربع فيتعين للنكاح المتاخرات على البطلان وقت صحته الفسخ هو وقت اجتماع اسلام ما زاد
على العدد فلما اسلمت الخامسة كان هو وقت الاختيار واحدة للفسخ فلما فسخها صح فسخها وكذا السادسة
وعلى ذلك الى الاخيرة وهذا ظاهر وهو الاولى عندي قال قدس الله سره وتوقف لهن الربع
او الثمن حتى يصطلحن فان طلبت منه احداهن شيئا لم يعط ولو طلبت خمس دفع اليهن ربع النصيب
والست نصفه ولو كانت احداهن مولى عليها لم يكن لوليها ان ياخذ لها اقل من الثمن ويحتمل القرعة
والتشريك اقول قوله ويحتمل يقسم لقوله تعالى حتى يصطلحن واعلم ان في هذا الكلام مسائل
آ انه اذا مات بعد اجتماع اسلامه واسلام الثمان قبل الاختيار توقف نصيب الزوجية
من تركته وهو الربع مع عدم الولد والثمن معه ثم ماذا يصنع به فيه وجوه ثلاثة ذكرها المصنف ووجه
الاول انه لا يحصل يقين البراءة الا به وهو مطلوب عقلا وشرعا فيقسم بينهن على حسب الاصطلاح
بالتساوي او التفاضل ولان المستحق منحصر فيهن والاحتمال والاشكال في الكل على التساوي وهن
معترفات به والظهور غير متوقع فطريق الاحتياط الصلح ووجه الثاني وهو القرعة انه امر مشكل
وكل امر مشكل فيه القرعة لما ورد في الاخبار وهو ضعيف لان القرعة انما هو لكشف ما هو معين
في نفس الامر وقد اشتبه علينا وهذه ليست معينة في نفس الامر لا يقال الله تعالى يعلم من
كان يختار لو اختار لانا نقول السبب المقتضي للميراث هو وجود اختيار بالفعل المعينة المشخصة
ولم يوجد لا انه العقد بخلاف ما لو قال والله لا طلقن زينب ان كان هذا الطاير غرابا
والله لا طلقن عمرة ان لم يكن هذا الطاير غرابا لان الله تعالى يعلم حال الطاير ويعلم من هي متعينة
للطلاق في نفس الامر لانه تعالى عالم بكل معلوم على ما هو عليه ووجه الثالث وهو التشريك
فيقسم بينهن على التساوي انحصار المستحق فيهن وعدم العلم به والظهور غير متوقع وهن جميعا
معترفات بشمول الاشكال ولعدم اولوية واحدة دون الباقي ولانه ترجيح من غير مرجح فيكون
بمنزلة الدعوى وهذا ايضا ضعيف لان توريث من ليست بزوجة يقينا محال وهو لازم للتشريك
وفرق بينه وبين الدعوى لامكان الاشتراك في الدعوى فان كل واحد من اثنين اذا ادعت
كل المال يمكن في نفس الامر اشتراكهما فيها لمانع العلم بانها لاحدهما وانه لا اشتراك بينهما
مع التشريك لانه تقديم باطل معلوم البطلان فالاصح عندي الاول ب لو كان في الثمان

واحد منهن عليها كالصغيرة او المجنونة صالح الولي عنهما ثم فيه احتمالان آ انه لا يصالح
على ما دون الربع او الثمن نصيب الزوجات لجواز ان يكون زوجه فلو نقص عن الربع كان تركا
لبعض حقها او لا يجوز ب انه يقتصر على الثمن لانه لا يعرف ان لها حقا لكن لا ينقص عن الثمن
الموقوف لانه موقوف بين ثمان قال قدس الله سره ولو اسلم الكتابيات بعد الموت
قبل القسمة فالاقرب انتفاء الحصة اقول المسائل المتقدمة متفرعة على ما اذا علم استحقاق
الزوجات الميراث اما مع عدم العلم كما اذا اسلم عن ثمان كتابيات واسلم معه اربع او كان
تحته اربع وثنيات واربع كتابيات واسلم معه الوثنيات ومات قبل البيان والاختيار فيقول
القائل بعدم جواز اختيار نكاح الكتابيات يقول الميراث للمسلمات قطعا واما على القول بجواز
اختيارهن اما القول بجواز ابتداء نكاح الكتابية او لقوله بان الاختيار استدامة للنكاح
لا ابتداء له فيحتمل في هذه المسئلة امرين آ انه لا يوقف شيء للزوجات بل يقسم التركة
بين ساير الورثة لان استحقاق الزوجات للارث هنا غير معلوم ولا حاصل لان سببه معلول
لاختيار المسلمات ولم يحصل ووجود المسبب مع عدم السبب محال ب ان يوقف حصة
الزوجات لان الزوجية سبب الارث والمانع الكفر واختيار الكتابيات ولم يوجد فجاز
ان يكون المسلمات هن الزوجات ولان استحقاق الورثة غير الزوجات قدر نصيب الزوجات
غير معلوم ولان الشك في اصل الاستحقاق لا يمنع الوقف كمسائل الحمل ونحوها ويتسبب
الاحتمالان فيما اذا كانت تحته مسلمة وكتابية وطلق احداهما واحدة لا بعينها وقلنا بوقوعه
واعلم ان المصنف جزم بالاول ثم فرع عليه هذا الفرع وهو انه اذا اسلم الكتابيات بعد
الموت وقبل القسمة فالاقرب الانتفاء لان اسلام الزوجة الكتابية بعد الموت وقبل القسمة
موجب لارثها لحينئذ الزوجات اما المسلمات او الاولى قبل موته فترث قطعا ويحتمل ان
يقال انما ترث الزوجة قبل القسمة فيما تحقق زوجيتها وان الزوجية موجبة للارث و
هذان الوصفان ليسا معلومين و اذا لم يعلم السبب لم يعلم المسبب واما على الاحتمال الثاني
فيوقف قطعا قال قدس الله سره ولو قالت اسلمنا معا فالنكاح باق قدم قوله لندور
التقارن على اشكال اقول اذا اسلم الزوجان قبل الدخول واختلفا في النكاح

فقالت

فقالت الزوجة اسلمنا معا فالنكاح باق بحاله وقال الزوج بل اسلمنا على التعاقب
فالنكاح مفسوخ ففي تقديم ايهما اشكال منشؤه اصالة عدم التقدم والظاهر عدم الاقتران
لندوره والشارع بنى الاحكام على الاغلب فالاشكال في تقديم الاصل او الظاهر اعني الاغلب
عادة مع التعارض ومن ثم اختلفوا في حد المدعي والمدعى عليه فانه مستنبط من هذا الاصل وسياتي
تحقيقه واستخراجه من هذا الاصل في باب الدعاوى وجاء الاشكال في هذه المسئلة وغيرها من
الفروع المتفرعة على هذا الاصل والاولى عندي تقديم الظاهر لان خلاف الاصل اذا عضده الدليل
صار هو الاصل قال قدس الله سره ولا يبعد الفسخ في الطلقات وان ساواه في المهر فلو
اسلم الوثني قبل الدخول وجب نصف المسمى ان كان مباحا والا نصف مهر المثل ويحتمل المتعة
اقول من احكام الفسخ انه لا يعد في الطلقات لانه ليس بطلاق واذا كان الاسلام من
الزوج قبلها وجب المهر ان كان بعد الدخول ونصفه ان كان قبله وكان المهر مباحا وان
كان محرما كالخمر او الخنزير ففيه احتمالان احدهما نصف مهر المثل لان مهر المثل هو الواجب
مستقرا بالدخول هنا وكل مهر غير مفوض يجب مستقرا بالدخول يتشطر بالطلاق وشبهه
لانه قد سمي مهرا وكل عقد سمي فيه مهر فهو غير مفوض او يوجب المسمى او مهر المثل والا كان
مفوضا وهو خلاف التقدير فلو وجب كله بالطلاق وشبهه لوجب مستقرا قبل الدخول وهو
باطل اجماعا فتعين النصف وفي الكلية منع وثانيهما المتعة لان هذا المهر قد بطل ولم يكن
غيره فصار كالمفوضة ولا يخلو من منع وهذا متفرع على صحة انكحة الكفار قال
قدس الله سره وان كان بعده وجب المسمى او مهر المثل على التفصيل اقول معناه
لو اسلم الوثني بعد الدخول فاما ان يكون المهر مباحا او محرما وعلى كل تقدير فاما
ان يكون قبل قبض شيء منه او بعد قبض الكل او بعد قبض البعض دون البعض فالاقسام
ستة آ ان يكون المهر مباحا واسلم قبل قبض شيء منه فيجب عليه تسليمه ب
ان يسلم بعد قبض بعضه فيجب عليه تسليم الباقي ج ان يسلم بعد قبض الكل فلا كلام
د ان يكون المهر محرما ويسلم قبل قبضه فيجب عليه مهر المثل لوجوب المهر بالدخول وفساد
الخمر فيرجع الى مهر المثل او رد ورد لو تزوج المسلم على خمر كان عليه قيمته عند مستحليه

اومثله حالا على قول شاذ فهنا اولى لثبوته بالنكاح وتقرير الشارع عليه بخلاف المسلم قلنا
لو قلنا به لانفسخ لكن منعناه لمذهب امام المجتهدين والذي المصنف ره ان يكون المهر
محرمًا واسلم بعد قبضه فهدم القبض موقعه وبرئ و ان يكون اسلم بعد قبض بعضه وقد
مضى حكمه والى هذا التقسيم والتفصيل اشار بقوله على التفصيل قال قدس الله سره
وروي ان اباق العبد طلاق زوجته وانه بمنزلة الارتداد اقول هذه رواية عمار الساباطي
عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل اذن لعبده في تزويج امرأة فتزوجها ثم ان
العبد ابق فقال ليس لها على مولاه نفقة وقد بانت عصمتها منه فان اباق العبد طلاق امرأته
وهو بمنزلة المرتد عن الاسلام قلت فان رجع الى مولاه ترجع اليه امرأته قال ان
كانت قد انقضت عدتها منه ثم تزوجت غيره فلا سبيل له عليها وان لم تتزوج وان لم تنقض
العدة فهي امرأته على النكاح الاول والى هذا ذهب الشيخ في النهاية وخص ابن حمزة الحكم المذكور
بعبد زوجته امة وتزوج باذن السيدين ومنع ابن ادريس ذلك وقال ان النفقة على
السيد ولا تبين من الزوج باباقه والرواية ضعيفة فان عمار الساباطي فطحي واليه اشار
المصنف بقوله والطريق ضعيف وفي الحكم اضطراب فالاولى الاعتماد على الاصل وهو البقاء
قال قدس الله سره ولو شرطت على المحلل رفع النكاح بعد التحليل فالاقرب بطلان
العقد اقول هذا مبني على ان الشرط الفاسد اذا لم يتضمن تحليلا مبطلا ولا كون احد
العوضين او جزئه غير قابل للتملك هل يبطل العقد اولا قال الشيخ لا لان كل ما لم يشرطه
الشارع في نفس العقد فاذا شرط فيه فالعقد يقتضيه وهو السبب فيه فان صح شرعا البسه
بذكره فيه واشتراطه كان صحيحا ولزم وان لم يصح كان الشرط باطلا وكان وجوده
كعدمه ولا يقتضي ذلك بطلان العقد لان العقد غير معلق عليه والا لبطل مطلقا سواء كان
الشرط صحيحا اولا لان العقد المعلق باطل ويحتمل ان يبطل العقد وهو قول المصنف لان
التراضي انما وقع على هذا الوجه فلو صح لزم صحة العقد بغير تراض وهو محال وهذا هو الوجه
عندي قال قدس الله سره ولو شرطت الطلاق قيل صح العقد دون الشرط فلو دخل
فلها مهر المثل اقول هذا قول الشيخ في المبسوط فانه ذهب الى بطلان الشرط وصحة العقد

وبطلان

وبطلان المسمى لانها انما رضيت به لاجل الشرط ولم يحصل وثبوت مهر المثل لانه لا دليل على ابطال
العقد والاصح عندي بطلان العقد لان التراضي شرطه وانما وقع على هذا الوجه المخصوص قال
قدس الله سره والعزل عن الحرة اذا لم تشترط في حال العقد مكروه وقيل حرام اقول
العزل عن المرأة الحرة المنكوحة بالدوام اذا جامعها في الفرج فيه قولان فالقول بالكراهة هو المشهور
من الاصحاب واختاره الشيخ في النهاية وابن البراج وابن ادريس والتحريم هو مذهب الشيخ في الخلاف
وقواه في المبسوط ويظهر من كلام المفيد لما روى محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلام انه
قال سئل عن العزل فقال اما الامة فلا بأس واما الحرة فاني اكره ذلك الا ان يشترط عليها
حين تزوجها واحتج الاولون بما روى عبد الرحمن بن ابي عبد الله في الموثق عن الصادق عليه السلام
قال سألته عن العزل فقال ذاك الى الرجل وترك الاستفصال مع قيام الاحتمال يدل على عموم المقال
والجواب ان الرواية لا تدل على التحريم بل على الكراهة بالمعنى الاعم والاصل انتفاء التحريم فتتعين
الكراهة بالمعنى الاخص قالوا نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن العزل عن الحرة الا باذنها قلنا منع السند
والدلالة

الباب الرابع في اقسام النكاح وفيه مقصدان

الاول في المنقطع وفيه فصلان

الاول في اركانه

قال قدس الله سره ولا بد من صيغة
الماضي في الطرفين وقيل لو قال اتزوجك بكذا مدة كذا مستقبلا فقالت زوجتك صح اقول
الاول هو المشهور من الاصحاب وهو اختيار ابن حمزة لان الانشاءات جميعها وضعت بصيغة
الماضي لاشتراكها في الثبوت الفعلي واذا كان اللفظ سببا شرعيا لم يتعد الى غيره وان اتحد
في المعنى وقال ابن ابي عقيل وجماعة انه يصح المتعة لو قال الزوج اتزوجك بكذا متعة فاذا
قالت نعم فهي زوجتك وفيه نظر لمنع صحة السند ولو صح لصح تقديم القبول والايجاب بنعم ويحتمل
عندي انه لا يصح قال قدس الله سره ولا متعة على الحرة الا باذنها فيقف او يبطل على
الخلاف اقول ما يتوقف عليه العقود على اقسام ثلثة احدها ما يتوقف على حله وقبول محله
وامكان بعض باثره كتوقف عقد النكاح على انقضاء العدة ومنها ما يتوقف عليه سببيته
الفعل للحكم واركان متزلزل كاذن المالك في عقد الفضولي عند القائلين به
ومنها ما يتوقف عليه لزومه لا صحته كانقضاء الخيار في البيع اذا عرفت ذلك فنقول

نكاح الامه موقوف على اذن الحرة فهل هذا الموقوف من النوع الاول او من النوع الثاني
فيه قولان وقد تقدم الخلاف والبحث فيه واتفق الكل على انه ليس من النوع الثالث والذي
افتى به بالبطلان لرواية الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام ومن تزوج امة على حرة فنكاحه
باطل وهذان الاحتمالان على مذهب من ذهب الى ان عقد النكاح يقع موقوفاً اما من منع
وقوعه موقوفاً وهو قول الشيخ في الخلاف فانه يكون هنا اولى بالبطلان **قال** قدس الله
سره ولو ظهر فساد العقد اما بظهور زوج او كونها اخت زوجته فلا مهر ان لم يدخل ولو
قبضته استعاده. وان دخل فلها المهران جهلت والا فلا وقيل تأخذ ما قبضت ولا يسلم
الباقي ويحتمل مهر المثل **اقول** اذا ظهر فساد العقد لم يجب به شيء بل بالدخول وما ذا يجب
الحق مهر المثل لانه قيمة البضع وقال الشيخ في النهاية لها ما اخذت منه ولا يلزمه ان
يعطيها ما بقي عليه لما روى حفص بن البختري عن الصادق عليه السلام قال اذا بقي عليه
شيء من المهر وعلم ان لها زوجاً فما اخذته فلها بما استحل من فرجها ويحبس عنها ما بقي عنده وهو
محمول على جهلها والا كانت بغيا والنبي عليه السلام قد نهى عن مهر البغي واجاب
والدي المصنف وابن حمزة بحمل قول الصادق عليه السلام يحبس عنها ما بقي عنده على ما اذا
كان قد بقي عليها من الايام بقدره وفيه نظر لبطلان المسمى لبطلان سببه فلا يقسط ومهر
المثل يستحق بالوطي فلا يقسط ويمكن حمله على ان المقبوض هو قدر مهر المثل **قال**
قدس الله سره ولو اخل به بطل وقيل ينقلب دائماً **اقول** اذا اخل بالاجل في عقد المتعة
قال الشيخ الطوسي رحمه الله ينقلب دائماً وتبعه ابن البراج وابن حمزة وابو الصلاح وابن
زهرة وقال ابن ادريس ان كان الايجاب بلفظ التزويج او النكاح انقلب دائماً
وان كان بلفظ التمتع بطل والحق عندي اختيار والدي وهو البطلان مطلقاً لان الاجل
شرط صحة عقد المتعة وعدم الشرط يستلزم عدم المشروط اما المقدمة الاولى فلما رواه
زرارة في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال لا تكون متعة الا بامرين باجل مسمى
واجر مسمى وللاجماع والمقدمة الثانية ظاهرة والدوام لم يقصده والعقود تابعة للقصود
احتج الشيخ بما رواه عبد الله بن بكير في الموثق عن الصادق عليه السلام قال ان سمي الاجل

فهو متعه

فهو متعه وان لم يسم الاجل فهو نكاح باق والجواب المراد ارادته والتقدير
ارادة غيره اما آ فلان حمل اللفظ المشترك على احد معنييه مع ارادة المعنى الاخر المباين له
باطل اجماعاً واما ب فظاهر ويلزم القائل بحمله على الدوام مع ترك الاجل حمله عليه مع ترك
الاجل والمهر معاً لان اهمال الاجل تصرفه الى الدوام ولا يشترط في الدايم ذكر المهر

الفصل الثاني في الاحكام

قال قدس الله سره لا ولاية على البالغة الرشيدة و
ان كانت بكراً على الاقوى **اقول** المراة البكر البالغ الرشيدة لا ولاية عليها في غير النكاح
اجماعاً بل البحث في النكاح وهو يقع في مقامات ثلثة من له الولاية وفيما فيه الولاية ولمن
الولاية والمقصود بالبحث هنا الاول والباقيان كل مذكور في موضعه فنقول قال المصنف
والدي ووالده قدس الله سرهما لا ولاية عليها في شيء من الانكحة وهو مذهب السيد المرتضى وابن
الجنيد وسلار واحد قولي المفيد وقال الشيخ في النهاية عليها ولاية فلا انفراد لها بل له
وهو اختيار الصدوق وابن ابي عقيل وابن البراج والفرق بينها وبين الصغيرة اعتبار عبارتها
ووقوف عقدها على اجازة الولي دون الصغيرة وقيل بالتشريك بين المراة والولي فلا انفراد
لها بالعقد على نفسها ولا له بل يشترط اذنهما معاً وهو اختيار ابي الصلاح والاصح عندي الاول
لنا قوله تعالى حتى تنكح زوجاً غيره جعل النكاح اليها وهو عام شامل لصورة النزاع وما
رواه زرارة عن الباقر عليه السلام قال اذا كانت المراة مالكة امرها تبيع وتشتري و
تعتق وتشهد وتعطي من مالها ما شاءت فان امرها جائز تزوج ان شاءت بغير اذن وليها
فان لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها الا باذن وليها احتج الشيخ بما رواه ابن ابي يعفور في
الصحيح عن محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال لا تستامر الجارية اذا كانت
بين ابويها ليس لها مع الاب امر وقال تستامرها كل احد ما عدا الاب واجاب
والدي المصنف بحمله على الكراهية **قال** قدس الله سره ويلزم ما شرط في متن
العقد اذا كان سائغاً ولو قدمه او اخره لم يعتد به ولا يجب اعادته بعده لو قرنه به على
راي **اقول** متن العقد ما بين الايجاب والقبول فكل شرط سائغ لا ينافي العقد قد ذكر
بين الايجاب او بعد القبول لا يلزم والشيخ في النهاية شرط في الشرط ذكره في متن العقد وبعده

على الفور معاً فذكره دليل قولنا اولاً ثم البحث في مراد الشيخ اما آ فلان السبب الفاعلي
في لزوم الشرط العقد وحدوث المسبب قبل السبب الفاعلي او بعد عدمه محال احتج الشيخ بما رواه
بكير بن اعين عن الصادق عليه السلام قال اذا اشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت
بها واوجبت التزويج فاردد عليها شرطك الاول بعد النكاح فان اجازته جاز وان لم تجزه فلا يجوز
عليها ما كان من الشروط قبل النكاح اجاب والدي المصنف قدس الله سره بان الصادق
عليه السلام اشار الى ذكره بين الايجاب والقبول لانه عقب الايجاب بالشروط فلا فصل
ولا تأخر لانه الفاعل عليه وقوله فان اجازته يشير الى القبول المتأخر والمراد بالنكاح
في قوله بعد النكاح الايجاب تسمية للجزء باسم الكل مجازاً واما ب فنقول الظاهر
ان الشيخ قصد ذلك وسمى الايجاب بالنكاح مجازاً تبعاً للرواية لانه اشبه واشد بالعلة
الفاعلية والقبول بالقابلية وحكم ابن ادريس ان مراد الشيخ بقوله بعد العقد بعد تمام
العقد وهو بعد القبول وحجة الشيخ على ما فهمه ابن ادريس ما رواه عبد الله بن بكير في
الحسن عن الصادق عليه السلام قال ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح وما كان
بعد النكاح فجائز والجواب ان ابن بكير لا يعمل على ما ينفرد بروايته خصوصاً مع قيام الدليل
على نقيضه قال قدس الله سره ولا يقع بها طلاق بل تبين بانقضاء المدة ولا ايلاء
ولا لعان على رأي اقول قال المرتضى يقع بها اللعان والايلاء وقال الشيخ وابو
الصلاح لا يقع وهو الصحيح وسيأتي قال قدس الله سره ويقع الظهار على رأي
اقول هذا قول السيد المرتضى وابي الصلاح وابن زهرة وهو الاصح عندي وقال ابن
ادريس لا يقع بها ظهار ويظهر من كلام ابن الجنيد والصدوق ذلك لانها والا لا يقع
الظهار الا موقع الطلاق احتج ابن ابي عقيل واقول احد الامرين لازم اما ان المنقطع
لا يقع او يقع بها اللعان والظهار والاول منتف اجماعاً منا فثبت الثاني بيان الملازمة انها
ليست ملك يمين فان لم تكن زوجة حرمت لانحصار المحلل في الزوجة وملك اليمين لقوله
تعالى فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون وان كانت زوجة دخلت تحت عموم آي
الظهار واللعان ولا يخصص خصوص السبب احتج المانع بان الاصل بقاء الاباحة والنص

انما جاء في قصة الدوام فيبقى غيره على اصل بقاء الاباحة والجواب ان صيغة النص
عامة والاعتبار بعموم الصيغ لا باعتبار السبب قال قدس الله سره ولا يتوارث
الزوجين سواء شرطا سقوطه او لا ولو شرطاه فالاقوى بطلان الشرط اقول
اختلف الناس في توارث الزوجين بالعقد المنقطع على قولين الاول ان العقد يقتضي
التوارث ثم اختلفوا فقيل المقتضي هو العقد المطلق اي ماهية العقد من حيث هي هي
مع انتفاء مانع النسب لان موانع النسب الارث فعلى هذا القول لو شرطا سقوطه بطل
الشرط لانه خلاف مقتضى الماهية من حيث هي هي فيستحيل عدمه مع وجودها وهذا اختيار ابن
البراج لانها زوجة ولا لم يحصل الحصر في الآية وكل زوجة ترث ويورث بالزوجية لقوله
تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم ولهن الربع مما تركتم واجمع المضاف للعموم
او رد الارث الذمية والقاتلة فليس بعام قلنا العام المخصوص حجة في الباقي وقيل
المقتضي اطلاق العقد اي العقد المجرد عن شرط مقتضيه اعني الماهية بشرط لا شيء فعلى هذا
يثبت الارث ما لم يشرطا سقوطه فيسقط حينئذ وهو اختيار المرتضى وابن ابي عقيل القول
الثاني انه لا يقتضي التوارث لا العقد المطلق ولا اطلاق العقد ثم اختلف القائلون به على
قولين احدهما انه لا يصح اشتراطه في العقد فيتبع اشتراطه ويسقط مع عدمه وهو
اختيار الشيخ وابن حمزة وقطب الدين الكيدري وثانيهما انه لا يصح اشتراطه في العقد لان
ما لا يكون سبباً للميراث شرعاً لا يصير سبباً بجعل الجاعل وهو اختيار والدي المصنف
ووالدي وابي الصلاح وابن ادريس وهو الاصح عندي لان زيادة هنا على النص نسخ لان الله
تعالى جعل غير فروض ارباب الفروض بجزء معلوم النسبة الى كل التركة وكيفية قسمة
غيرهم فلو زاد او نقص بخبر واحد لزم نسخ القرآن بخبر الواحد ولا يجوز ولما رواه سعيد بن
يسار عن الصادق عليه السلام قال سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط الميرا
ث قال ليس بينهما ميراث اشترط او لم يشترط وفي رواية جميل بن دراج انه سأل الصادق
عليه السلام عن المتعة ما حدها فقال حدودها ان لا ترثك ولا ترثها الحديث فجعل
نفي الميراث من مقتضى الماهية احتج الشيخ بما رواه احمد بن محمد بن ابي نصر في الحسن عن

عن ابي الحسن الرضا عليه السلام قال تزويج المتعة نكاح بميراث ونكاح بغير
ميراث ان اشترطت الميراث كان وان لم تشترط لم يكن وما رواه محمد بن مسلم في
الصحيح عن الصادق عليه السلام قال في تفسيره حديث فان اشترطا الميراث فهما على
شرطهما **اقول** لا مقتضي للميراث الا الزوجية ولا تقتضي الميراث الزوجية الا الآية
فان اندرجت هذه في الزوجة في الآية ورثت وان لم تشترط ثبوته وبطل شرط نفيه وان
لم يندرج في الزوجة في الآية لم يثبت بالشرط قطعا لانه شرط توريث من ليس بوارث وهو باطل اتفاقا
ومن هذا ظهر ضعف قول من اثبته او نفيه بالشرط وانحصرت القوة في قول من اثبته او نفيه
مطلقا وبطل شرط نقيضه **قال** قدس الله سره فرع لا يسقط المهر بالمنع عن بعض
الاستمتاع لعذر كالحيض ولو منع الجميع كل المدة كالمرض المدنف فكذلك على اشكال
وكذا لو منع هو او هي نظائر **اقول** منشأه من ان المرأة لو منعت كل المدة سقط المهر وبعضها
سقط بنسبته فدل على انه بدل من الاستمتاع المباح بالعقد فيسقط باسقاطه ومن وجود المقتضي
وهو العقد اذ به تستحق الزوج الاستمتاع والمرأة المهر والاصل بقاء ما كان على ما كان والمانع
منع الزوجة وهو منتف واعلم انه انما صح الاستدلال هنا على ثبوت المهر وعدم سقوط شيء
منه باصل بقاء الاستحقاق لثبوته بالعقد اولا في مقابلة استحقاق الاستمتاع ولا يصح الاستدلال
على نفيه باصل البراءة لانه محكوم بشغلها بالدليل [illegible] عنه فلا تبقى حجة وهو هنا
كذلك لان بالعقد شغلت الذمة اجماعا والمحقق عنى ان كون المنع بالعذر مانعا
للسبب يحتاج الى نص ولم يوجد او كون التمكين من الاستمتاع في نفس الامر باسقاط الاعذار
الاضطرارية للمرأة لو كان شرطا في استحقاق المهر لم يصح ابتداء النكاح على ذات العذر
المانع كالمرض المدنف لان المهر شرط في المتعة فبطلانه يستلزم بطلانها **قال** قدس الله
سره والاقرب ان الموت هنا كالدائم **اقول** وجه القرب ثبوت المهر بالعقد ولم
يوجد سبب سقوطه وهو منع المرأة ولا نص على غيره والاسباب في الموانع الشرعية انما تثبت
بالنص لا غير اجماعا والاصل البقاء ويحتمل عدمه ان قلنا بسقوطه بالعذر لان منع
الاستمتاع لعذر يسقط فالموت اولى بالاسقاط لان الامتناع هنا اكد واقوى وهذا الاحتمال

ضعيف

ضعيف والاصح عندي ثبوت المهر في الصورتين لان المهر عوض ملك البضع وقد حصل
والمرأة لم تمنع **قال** قدس الله سره ولو عقد على مدة متأخرة لم يكن لها ان تنكح فيما بينهما
الى قوله ج لو مات فيما بينهما احتمل بطلان العقد فلا مهر ولا عدة ولا ميراث ان اوجبناه
مطلقا او مع الشرط وعدمه ثبت النقيض **اقول** هذا فرع على صحة العقد على مدة متأخرة
عن زمان ايقاع العقد وتقريره انه اذا عقد على مدة متأخرة عن زمان ايقاع العقد ثم مات
قبل حضور مبدأ المدة فيحتمل هنا بطلان العقد من اصله لان هذا العقد صالح لان يؤثر عند
حضور المدة لان اثره تملك النكاح بالفعل واباحته وهو مشروط بحضور المدة ويستحيل تحقق
المشروط بالفعل بدون شرطه فاذا مات بطل بمعنى زوال صلاحيته للتأثير ويحتمل صحته ابتداء
بمعنى التأثير بالفعل وانما اباحة الوطي مشروطة بحضور المدة وانما الموت يرفع استمراره لا ابتداءه
كالدائم ويتفرع على ذلك المهر والعدة والميراث ان شرط او مطلقا على القول به فعلى
الصحة بمعنى تأثيره بالفعل وانما الوطي يثبت هذه الاحكام وعلى نفيها ينتفي والاصح عندي
بطلان العقد مع تأخر مدته عنه من اصله لعدم النص على الصحة فان الاسباب انما تتلقى
من النص وعلى قول القائل بصحته بمعنى انه يكون له صلاحية التأثير عند حضور المدة واجتماع
الشرائط فاذا مات قبلها لم يثبت شيء من آثاره **المقصد الثاني** في نكاح الاماء وفيه
فصول **الاول** العقد **قال** قدس الله سره ولا يشترط اسلام الامة في المتعة عندنا
ومطلقا عند آخرين **اقول** قد تقدم الخلاف في نكاح الكتابيات **قال** قدس الله
سره وفي اشتراط عدم الطول وخوف العنت خلاف فان شرطناهما فقدر على حرة [illegible] او غائبة
عنه بعيدة او كتابية او من غلت في المهر لا حد الاسراف جاز نكاح الامة وفي ذات العيب اشكال
اقول قد تقدم الخلاف في جواز نكاح المسلم الحر للامة المسلمة وهنا ذكر للتفريع
عليه وتقريره انه على القول بتحريمه بشرط عدم الطول وخوف العنت يتفرع عليه فروع
آ لو وجد الطول وتعذر نكاحها قبلا لكونها رتقا وتعذر علاجه هل ينزل ذلك
منزلة عدم الطول ام لا من حيث شرط العدم ولم يتحقق ولحصول بعض الاستمتاعات ومن حيث
مشاركته العدم في المعنى وهو تعذر الوطي والعلة الذاتية الامن من العنت ولان العلة الغائية

من النكاح بقاء النوع ولا يحصل من بقائه وعدم الطول انما شرط بالعرض والاصح عندي
انه يصح نكاح الامة لعدم الطول **ب** لو قدر على نكاح حرة غائبة عن بلده وهي بعيدة عنه
والمراد البعد الذي يلحق المشقة لذهابه اليها واختلاف كلامه والاولى عندي الصحة **ج**
لو قدر على حرة كتابية وامة مسلمة فان حرمنا نكاح الكتابية جاز نكاح الامة قطعا وان
جوزنا فغلطه احتمل التحريم ايضا لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات
المومنات فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المومنات الى قوله ذلك لمن خشي العنت منكم
فشرط عدم استطاعته نكاح المومنات وقد حصل والاقرب المنع على القول به لانه قادر على
الحرة وانما ذكر المومنات بناء على الاغلب الاعم فان الغالب ان المومن لا يرغب الا في
نكاح المومنات **د** لو غالت الحرة في المهر بحيث يبلغ حد الاسراف وهو قادر عليه يحتمل
انه يصح لان اتلاف المال سفه كما اذا لم يحصل الماء الا باكثر من ثمن المثل فان له العدول الى
التيمم وفرق بان الحاجة الى الماء تتكرر فان الماء يتخلو به اعراض كلية لا يعتد باذل المال
في مثلها مغبونا وقيل بناء هذه المسئلة على ان الرقبة في المرتبة لا يحصل الا باكثر من ثمن المثل
وهو قادر عليه هل يعدل الى الصوم فان قلنا بالعدول لم يصح هنا والاجازة والاصح عندي
عدمه لانه واجد للطول فيسقط شرط الاباحة **ه** لو وجد حرة ذات عيب يخير في الفسخ ولا يمنع
الوطي كالبرص فيه اشكال ينشا من وجود الطول فاسقط شرط اباحة نكاح الامة لاشتراط نفي
وجدان الطول مطلقا ومن ان النكاح مبدوه الشهوة وهذه تحصل منها النفرة المضادة للشهوة
فلا يتم به الغرض ومن ثم ثبت الخيار والاصح عندي انه يصح **قال** قدس الله سره ولا
يجوز للعبد ولا للامة ان يعقدا نكاحا بدون اذن المولى فان فعل احدهما بدونه وقف
على الاجازة على راي **اقول** القائل بان عقد النكاح لا يمكن وقوفه على اجازة غير
المتعاقدين قال هذا النكاح باطل في نفسه وبه قال الشيخ في الخلاف والقائلون
بان عقد النكاح قد يقف على اجازة غير المتعاقدين اختلفوا هنا قال بعضهم هذا النكاح
يصح ويقف على اجازة السيد ومعنى صحته صلاحيته للتاثير عند اجازة السيد وهو
قول الشيخ الطوسي رحمه الله ايضا واختاره والدي قدس الله سره هنا وفي المختلف

مارواه

لما رواه زرارة في الحسن عن الباقر عليه السلام **قال** سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده
فقال ذلك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما احدث وقال ان ادريس
هذا العقد باطل لانه منهي عنه وكل منهي عنه فهو باطل وكلية الكبرى ممنوعة قالوا وروي عن
النبي عليه السلام انما مملوك تزوج بغير اذن مولاه فنكاحه باطل وروي فهو عاهر والجواب
منع السند ولو سلم لم تسلم الدلالة لجواز ارادة المجاز او نفي الاذن سابقا ولاحقا **اقول**
هذا فرع على وقوع عقد العبد موقوفا على اجازة المولى اذا لم ياذن فيه ابتداء ونقرره
ان نقول اجازة السيد هنا كالاذن المبتدا في مواضع ثلاثة **ا** في صحة العقد
بمعنى صيرورته موثرا في الاباحة بالفعل وذلك باجماع القائلين به **ب** في النفقة والمهر
في شيء احدهما انها للمتجددة بعد الاجازة والمتكرر لا قبل احدهما لان سببها تمكن من
له نكاحها بالعقد اللازم وهي متجددة بتجدد الاوقات وذلك باجماع القائلين بوقوفه على
اجازة المولى وبانهما في محلها ومحلها كما ذكر في الاذن المبتدا باجماع القائلين بانه يقع
موقوفا لما قررناه **ج** في المهر وفيه وجهان احدهما انه كالاذن المبتدا اي في محل وجوبه هل
هو ذمة السيد او كسب العبد او رقبته فانا اخترنا من هذه الاقوال في المبتدا شيئا فهي
الاجازة لاتحادهما في التاثير والاثر ولا لا بقي طرق صحته فكان باطلا بالاصالة وهو
خلاف التقدير لان البحث على تقدير صحته موقوفا وثانيهما انه في ذمة العبد هنا جزما
لانه انما اجاز عقدا لم يوجب في ذمة المولى شيئا ولان الاجازة لا يدل على الالتزام بالالتزام
والالم لامتنع نفيه وانتفاء الدلالتين الباقيتين ظاهر ولانه الزام العبد بدين لم يصل
الى المولى عوضه ولا يرجى حصوله للمولى فكان بمنزلة اتلاف العبد مال استدانه بغير اذن
مولاه فان الاجازة هنا بعد الاتلاف لا توثر في الزام السيد والاصح عندي الاول **قال**
قدس الله سره ويحتمل ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد ومع تجارته **اقول** ذكر
والدي قدس الله سره في المطلب الخامس في الاحكام من الفصل الثالث في الاولياء من هذا
الكتاب هذه العبارة ولو اذن المولى لعبده في التزويج صح فان عين المهر والا انصرف الى
مهر المثل فان زاد على التقدير والزائد في ذمته يتبع به بعد الحرية والباقي على مولاه وقيل

فان قيل ليس من فعل العبد ما فات عقد العبد الاستقلال
الابتداء النفس والامكان

في كسبه وكذا النفقة وقد ذكر في هذا الفصل من الكلام وهو بيان ونسبه على عدم جزمه
بان مهر العبد على مولاه وانما ذكره مما تقدم كان ترجيحًا غير مانع من النقيض او رجع عنه لما
اداه اجتهاده ثانيًا وهو ثبوت المهر والنفقة في كسب العبد وهو اختيار الشيخ في المبسوط
لان غاية كسب كل انسان انما هو لصرفه في مؤنته وضروراته ومن مهماته مؤنة النكاح لدفع
الزنا ولما جعل الشارع ملكًا لغير المكتسب علقه باذنه في السبب فلما حصل الاذن تعلق به
مؤن نكاحه وهي النفقة والمهر وهذا من الحكم الالهية ومن ثم لم يجب على السيد قال لما
ملك الشارع السيد كسبه اقتضت الحكمة الالهية وجوب مؤنته ومؤن نكاحه على مولاه والا لزم
ثبوت الحرج العظيم على بعض الامة في التكليف وهو منفي بالاية ثم ذكر المصنف هنا مسئلة وهي انه
لو كان مأذونا له في التجارة تعلق ايضًا المهر ونفقة زوجته بربحه وهو اختيار الشيخ في المبسوط
واشار اليها بقوله وربح تجارته لانه كسبه وهنا فوايد آ مراد المصنف بالكسب الذي يتعلق
به المهر الحاصل بعد العقد والاذن او الاجازة لا قبل احدهما لانه خاص بالسيد كساير امواله و
لو كان موجلا فالحاصل بعد حلوله هو في محله واما النفقة فالحاصل بعد العقد واجازته
والتمكين التام وكذا في الربح ب معنى تعلقها به تقديم المراة بها فيه لو حجر على السيد
وعلى كونها عليه تضرب بها مع الغرماء جـ قوله ربح تجارته احترز به عن راس المال فانه
لا يوجد منه د سالت والدي قدس الله سره عن كيفية الصرف هنا فقال يصرف كسب كل يوم
الى النفقة فما فضل فالى المهر وهكذا الى ان تم المهر ثم يصرف الفاضل الى السيد ولا يدخر
شيء من كسبه للنفقة المستقبلة قال قدس الله سره ولا يضمن السيد بل يجب ان يمكنه
من الاكتساب وان استخدمه يومًا فاجرة المثل كالاجنبي ويحتمل اقل الامرين من كسبه ونفقة
يومه اقول لما كان تعلقهما بكسبه وكسبه للمولى فتعلق حق انسان بمال غيره تعلق
الاستيفاء على وجهين احدهما ان يتعلق مع ذلك بذمته كالضمان مع شرط الاداء من مال بعينه
والرهن وثانيهما ان لا يتعلق بذمته واجل حرمانه تعلق ارش الجناية برقبة العبد فاذا ثبت
بين المصنف قدس الله سره ان تعلق النفقة والمهر من النوع الثاني اي لا يتعلقان بذمته بل بنوع
من ماله وهو كسب العبد لان المولى لم يلتزم بها تصريحًا ولا تعريضًا اذا تقرر ذلك فنقول

يجب

يجب على المولى تمكينه من اكتساب النفقة والمهر لاذنه في النكاح فان استخدمه يومًا
مثلا لزمه اجرة المثل لانه اتلف منفعته تعلق بها حق الغير فيجب ضمانها بقيمتها كما لو استخدمه
الاجنبي وللاستظهار لجواز القصور عند الاداء والاصح انه يجب اقل الامرين من اجرة المثل
وكمال المهر والنفقة مدة استخدامه لانه ان نقص عن اجرة المثل فالفاضل للسيد
لانه ملكه لنفسه وان زاد فالذي استوفاه السيد قدر الاجرة لا غير فلا يضمن اكثر منها لان
التعلق انما هو بكسبه لا بالسيد وكسبه هو قدر الاجرة قال قدس الله سره ويحتمل
ثبوت النفقة في رقبته بان يباع منه كل يوم جزء في نفقته ذلك اليوم ان امكن اقول
قيل سببه الوطي في النكاح منزلة الجناية فيتعلق عوضه برقبته ولوجوب النفقة هنا اجماعًا
وليس على السيد للاصل بخلاف نفقته لانها لبقاء الشخص وهو المملوك للمولى لا النوع ونفقة
الزوجة من توابع بقاء النوع لانه العلة الغائية في النكاح ولا على كسب العبد والا تعلق
الواجب المطلق بالممكن ولو لم يجب لتضررت المراة والعبد لعدم الرغبة وغلبة الشهوة
وذمته ابدًا فجعلت رقبته فعلى هذا يباع في نفقته كل يوم منه جزء ان امكن قال
قدس الله سره ولو قصر الكسب او لم يكن ذا كسب احتمل ثبوت النفقة في رقبته وفي ذمته
المولى وان يخير بين الصبر والفسخ ان جوزناه مع الاعسار اقول نفقة زوجة العبد عند المصنف
والشيخ واجبة على كل تقدير ثم ذكر وجوب النفقة في كسب العبد احتمالا عند المصنف ومذهبا عند
الشيخ واحتاجا الى تقدير عدم الكسب او قصوره عن النفقة وقد ذكر له احتمالات ثلثه آ
ثبوت النفقة في رقبته ب في ذمة المولى جـ ان يخير المراة بين الصبر والفسخ
ان جوزناه مع اعسار الزوج وقد تقدم وجه الاولين ووجه الاخر ياتي في موضعه قال
قدس الله سره ولو تزوج الحرة من غير اذن مالكها ووطي قبل الرضاء عالمًا بالتحريم فهو زان
وعليه الحد وفي المهر مع علمها اشكال ينشأ من انها زانية ومن ملكية البضع للمولى اقول
الاصح عندي الذي افتي به انه لا مهر لانها بغي وكل بغي منهي عن مهرها نهي فساد برفع ماهيته
بالخبر المتواتر عن النبي صلى الله عليه واله وسلم والبضع لا يثبت لمنافعه عوض الا بعقد او شبهه
او اكراه لها ليخرج عن كونها بغيًا ولا وجه عندي لهذا الاحتمال لا خبرنا بانه شيء على الزاني بامة

المفروض عليها مع علمها اعواض اخروية للمالك لا دنيوية ولو علم التحريم دونها كان عليه المهر والعقاب
الاخروي وان علمت دونه فعليها وعليه عوض اخروي عليه المهر والعقاب خاصة للمالك
وعلى العالم العقوبة ايضا **قال** قدس الله سره ولو كانت بكرا لزمه ارش البكارة ولو كان
عالما فان قلنا انه ارش جناية تعلق برقبته تباع فيه وان قلنا انه مهر تبع به بعد العتق **اقول**
وجه كونه ارش جناية على البكارة انه قد حصل جرح وتمزيق اتصال في اللحم ظلما وهذا
هو معنى الجناية وبه قال ابن البراج ووجه كونه مهرا ان الشارع جعله تبعا للوطء وجعل
العوض في الحرائر مهرا ويستتبعه الكافر اذا جاءت زوجته الينا من عشر اسقاط عوض البكارة
وفي تعلق النذر واليمين والاصح عندي الاول لان هذا جناية قطعا على ملك الغير فلا مهر لانتفاء
ابنه في الحرة مهرا لا ارش لسقوطه بزناها وعدم اعتباره لعلمه بل يثبت مهر المثل لانا نقول
سقوطه بزناها لاذنها او عقوبة ومهر المثل اذا وجب جعلها انه يتضمنه ان سلم عدم اعتباره
قال قدس الله سره وكذا لو ادعت الحرية فعقد ويلزمه المهر وقيل العشر مع البكارة
ونصفه لا معها **اقول** قوله وكذا عطف على قوله ولو وطئ جهلا او شبهة ومعناه اذا ادعت
الحرية فعقد عليها بمجرد دعواها فلا حد عليه كما ذكر في قوله ولو وطئ جهلا الى اخره وقوله هنا يلزمه
المهر مراده بالمهر هنا المسمى وثمه اي في قوله ولو وطئ جهلا الى اخره مراده بقوله وعليه المهر
مهر المثل قطعا ثم ذكر هنا الخلاف فيه بقوله وقيل واقول في تقرير محل النزاع انه مع
الوطء هنا يلزمه عوض البضع باجماع المسلمين لانه وطء ليس بزنا لا عن ملك يمين فكان له عوض
وفيه اقوال أ قال الشيخ عليه المسمى وهو اختيار ابن البراج لانه عقد صحيح فيقتضي
احد العوضين صحة الاخر وعروض الفسخ لا يوجب فساده من اصله وبه قال المفيد ان
كانت قد دخلت وكانت المدلسة ب العشر ان كانت بكرا ونصفه ان كانت ثيبا
وهو اختيار ابن الجنيد ج يلزمه مهر المثل وهو قول الشيخ في المبسوط وابن حمزة لانها ملك للغير
والنكاح موقوف على رضاه فاذا لم يرض ارتفع من اصله فكان كالفاسد من اصله **قال**
قدس الله سره والولد رق وعليه قيمته يوم سقط حيا وعلى الموالي دفعه اليه فان لم يكن له مال
استسعى فيه فان امتنع قيل يفديهم الامام من سهم الرقاب **اقول** لما ذكر حكم المهر شرع

في ذكر حكم الولد وقد قال الشيخ رحمه الله انه رق وعلى ابيه قيمته يوم سقط حيا
وعلى المولى دفعه اليه ومع اعساره يستسعى فيها فان امتنع فداه الامام من سهم الرقاب
وهو قول ابن البراج وابن حمزة وقال ابن ادريس لا يجوز فكهم من سهم الرقاب لانه مخصوص
بالمكاتبين والعبيد والولد ليس احدهما لانه حر وقال ابو الصلاح الولد حر وعليه
قيمته ويرجع به على من تولى امرها فان كانت هي التي عقدت على نفسها لم يرجع على احد بشيء
احتج الشيخ بما رواه سماعة عن الصادق عليه السلام قال سألته عن مملوكة اتت قوما وزعمت
انها حرة فتزوجها رجل منهم واولدها ولدا ثم ان مولاها اتاهم فاقام عندهم انها مملوكته واقرت
الجارية بذلك فقال تدفع الى مولاها هي وولدها وعلى مولاها ان يدفع ولدها الى ابيه بقيمته
يوم تصير اليه قلت فان لم يكن لابيه ما ياخذ ابنه به قال يسعى ابوه في ثمنه حتى يؤديه
وياخذ ولده قلت فان ابى الاب ان يسعى في ثمن ابنه قال فعلى الامام ان يفديه ولا يملك
ولد حر والاصح عندي حرية الولد وعلى الاب قيمته لمولاه وينظر مع اعساره بيساره ويجوز
للامام فكه من بيت المال لانه من المصالح وهو اختيار والدي المصنف في المختلف والجواب
عن حجة الشيخ ضعف السند وعدم دلالتها على تمام دعواه فان الصادق عليه السلام لم يعين
فداءه من سهم الرقاب وقوله فعلى الامام ان يفديه لا يدل عليه لجواز ان يفديه من بيت المال
لانه من المصالح وما ادعى رق الولد وقد قال الصادق عليه السلام ولا يملك ولد حر فيجعل
حرا لا يقال هذا يلزم ان يجعل حر صفة ولد وان جعلناه مضافا ومضافا اليه لا يلزم حرية
الولد لانا نقول ان سلم لزم لان يملك فعل مستقبل دخل عليه حرف النفي فيثبت مقابله
وهو الحرية لعدم خلو الموضوع عنهما هنا وجعله نهيا يستلزم تكليف ما لا يطاق اذ الملك ضد
عدمه حكم من الشارع غير مقدور له والاضمار خلاف الاصل واعلم ان قول المصنف والولد
رق عطف على قوله العشر مع البكارة ونصفه لا معها فقوله هنا والولد رق تمام القول الذي
حكاه بقوله وقيل لان المصنف قال قبل ذلك ولو وطئ جهلا او شبهة فلا حد وعليه المهر
والولد حر دعواها هنا الحرية هو شبهة **قال** قدس الله سره ولو زوج العبد بحرة الحق
قوله ولو زوج بامة فان اذن الموليان اولم يأذنا فالولد لهما ولو اذن احدهما فالولد لمن لم يأذن

خاصة ولو اشترك احدهما بين اثنين فاذن مولى المختص واحدهما فاشكال اقول ينشا من
عموم قولهم فالولد لمن لم ياذن فوجود اذن احدهما واسقاط اذن الآخر سبب لملك من لم ياذن
وهذا متحقق هنا ومن انه في الحقيقة تابع للاب والام معاً فاذا اسقط اذن مالك احدهما وثبت اذن
الآخر اسقط الشارع اعتبار كونه تابعاً لمن اذن مولاه ونسبه الى الآخر فكان تاماً ملكه فكان له
ولا يمكن ان يجعل بالنصف احدهما ولانه فرع عن صورة النص فلا يتعدى الحكم اليه لانه
خلاف الاصل قال قدس الله سره ولو زوج عبده امته ففي اشتراط قبول المولى او العبد
اشكال ينشا من انه عقد او اباحة اقول وجه كونه عقداً ما روى الصدوق في كتاب من
لا يحضره الفقيه في الصحيح عن العلا عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال سالته عن
الرجل كيف ينكح عبده امته قال يجزيه ان يقول قد انكحتك فلانة ويعطيها ما شاء من
قبله او من مولاه ولو بمد من طعام او درهم او نحو ذلك اعطيت سماه نكاحاً والاصل الحقيقة
واوجب عليه اعطاء شيء وشرطه بقوله ولا بد ولا شيء من الاباحة يشترط فيها ذلك ولانه اما
نكاح او اباحة ما نفيه خلو كلية اجماعاً وليس باباحة لما رواه علي بن يقطين عن ابي الحسن عليه السلام
قال سالته المملوك يحل له ان يطأ الامة من غير تزويج اذا احل له مولاه قال لا يحل
فتعين كونه عقداً ومن ثم قيل ان الاباحة تمليك لا عقد لعدم جوازها في حق العبد وجواز عقد
النكاح بالاباحة ليس بعقد وسبب اباحة النكاح محصور في العقد والملك لقوله تعالى
الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم
العادون وعنى في دلالة رواية محمد بن مسلم على كونه عقداً نظراً لان العقد انشاء وقد يختص
بالافعال ووجه كونه اباحة لانه لا يفتقر الى قبول لما تقدم وكل عقد يفتقر الى قبول ولان
رفع هذا النكاح بيد المولى ولا شيء من النكاح الحقيقي رفعه بيد المولى اما الصغرى
فلما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال سالته عن قول الله عز وجل
والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم قال هو ان يامر الرجل عبده وتحته امته
فيقول له اعتزل امرأتك ولا تقربها ثم يحبسها عنه حتى تحيض ثم يمسها واما الكبرى فلان
رافع العقد اما الطلاق او الموت او تجدد ملك او عتق مع فسخ المالك او التدليس او وطء لو تخلل

اوعتق

كغصبه على قول وما عدا الاول هنا منتف والاول ان جعل قوله اعتزل طلاقاً لزم ان يكون
الطلاق بيد غير الزوج وهو باطل بقوله عليه السلام الطلاق بيد من اخذ بالساق ولانه يعتبر
للصيغة المعينة وهو باطل باجماع اصحابنا وبالاول وهو كونه عقداً قال المفيد ويلوح من
كلام الشيخ واتباعه والثاني وهو كونه اباحة قول ابن ادريس والاقوى عندي ان التحليل والاباحة
لا يلزمهما القبول قال قدس الله سره وفي وجوب اعطائها من مال المولى شيئاً خلاف
اقول قال الشيخ في النهاية والمفيد وابو الصلاح وابن حمزة وابن البراج بالوجوب للرواية
المتقدمة وغيرهم وقال ابن ادريس بعدم الوجوب واعلم ان القول بالوجوب مبني على
مقدمات آ ان العقد ابداً محل لوجوب المهر ومع الدخول لا بد فيه من ثبوت مهر وان لم يكن ذكره
شرطاً ب مال المملوك لمولاه وكذا كسبه ولا يملك المملوك على المولى شيئاً والنفقة وحكمها
اتباع او حكم ولا يتعلق حق مالي للمولى بكسبه والا لتعلق بمال نفسه ج احد الامرين
لازم اما كون اعطاء المولى للجارية شيئاً هنا امتناعاً كاستحقاق الزوجة الاخذ على الزوج
او ملك العبد ما يملكه مولاه فمع منع واحدة من هذه المقدمات لا يتم هنا وجوب الاعطاء قال
قدس الله سره ولو اعتقا فاجازت فاما ان يكون قبل الدخول او بعده مع التسمية وعدمها
فاشكال اقول هذا الكلام يدل بالمطابقة على مسائل اربع لانه اذا اعتقا فاجازت
فاما ان يكون قبل الدخول او بعده وعلى كل واحد من التقديرين اما ان يكون قد سمى
شيئاً اولا آ ان يكون قد اعتقا قبل الدخول واجازت وقد سمى لها مهراً فالكلام في موضعين
احدهما استمرار العقد فان قلنا انه اباحة بطل وان قلنا انه عقد لم يبطل العتق مع الاجازة
وثانيهما في المهر فان قلنا انه اباحة فلا مهر قطعاً وكان وجود التسمية كعدمها لان
استحقاق المهر اما بالوطء او بالعقد وكلاهما منتف وان قلنا انه عقد احتمل بطلان التسمية
لان مهر المملوكة لمولاها ومهر العبد اما على المولى او في كسبه او في رقبته وعلى الاول يتحد
المستحق والمستحق عليه واستحقاق من باب النسبة فلا يتحقق الا مع اتحاد المنتسبين هنا وعلى
الاخيرين فلاستحقاق السيد ممتنع على العتق وهذا تبين ويحتمل ان يقال ان الفضولي
العقد وقع بعبارة معتبرة فيكون صالحاً للتاثير عند العتق لانه ليس اقل من عقد الفضولي

المهر هنا على السيد ولا له بل على الزوج للمرأة خصوصًا على قول والدي المصنف وابن
ادريس انه لو كان الاثنين او كان الزوج حرًا ثم باع مولى الامة بعد العقد قبل الدخول واجاز
المشتري فان اجازته كالعقد المستانف والمهر للمشتري ب العرض بحاله ولم يكن
سمى لها مهرًا فان قلنا انه اباحة بطل هنا ولا مهر وان قلنا انه عقد كالمفوضة البضع فان
مات احدهما قبل الدخول فلا مهر وان طلق فالمتعة ج ان يكون بعد الدخول وقد سمى فان
قلنا انه اباحة بطل العقد ولا اعتبار بالتسمية فان قلنا بوجوب اعطائها شيئًا من مال
المولى وكان عقده اعطاها فلا يستحق غيره وان لم يكن اعطاها شيئًا احتمل وجوب مهر المثل على
السيد للوجوب قبل العتق فعله اولى والعقد وقبل العتق اليه لانه وليها فبعده ليس له ولاية
فيلزم مهر المثل وان قلنا بعدم وجوب اعطائها شيئًا فيجيء هذه المسئلة على من اعتق امته المزوجة
بعبد غيره بعد الدخول او باعها فعلى كون المهر له لا مهر هنا فيخلو العقد والوطء عن استحقاق
عوض مع كونه بعقد صحيح وهو غير معهود في الشرع وان قلنا بوجوب اعطائها من كسب العبد
فالمهر هنا عليه د ان يكون بعد الدخول وقبل التسمية والاشكال فيها كما سبق واعلم
انه على القول بكون مهر العبد في كسبه او في رقبته يحتمل اسقاطه بعد العتق لانه ذمته في
كل الصور المذكورة لان التسمية وثبوت احدهما قبل الدخول وانا قلنا بثبوته هنا
على العبد لان النكاح سبب لثبوته وقبل العتق وجد مانع وهو ملكية المولى العبد والمهر
وقد زال هذا المانع بالعتق فاثر السبب وهذه المسئلة وامثالها سميتها الفقهاء من المسائل المسلسلة
واشكالها لتكاثر الاحتمالات فيها وكثرة اصولها وفروعها وكل اصل بنى عليه لا يخلو
من اشكال والاقوى عندي في هذه المسائل انه عقد وكلما لم يسم فهو كمفوضة البضع قبل الدخول
وبعده وكلما سمى يلزم بعد العتق ويكون للمرأة على الزوج قال قدس الله سره ولو اشترى
الحر حصة احد الشريكين بطل العقد وحرم وطؤها فان اجاز الشريك النكاح بعد البيع
ففي الجواز خلاف اقول اذا زوج الحر امة مشتركة بين اثنين باذنهما ثم اشترى الزوج
نصيب احد الشريكين من زوجته بطل العقد اي عقد النكاح وحرم وطؤها ثم نقول
هل يحل له وطؤها في حال الشركة بسبب ما ام لا فيه لاصحابنا قولان احدهما المنع مطلقا وهو

عدم

وقول

قول ابن الجنيد لان البضع لا يتبعض اجماعًا ولقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم
او ما ملكت ايمانهم والتفصيل قاطع للشركة وفيه نظر لصدقه في منع الخلو خاصة ومنع الجمع والمطلوب
الثاني ولا دلالة للعام على الخاص وما بينهما الاباحة بسبب ما ثم اختلفوا فيه على اقوال ثلاثة
آ انها تباح باباحة الشريك لا بغيره لانها تحليل فاتحد السبب وهو ملك المنفعة ويؤيده رواية
محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في جارية بين رجلين دبراها جميعًا ثم احل احدهما فرجها
لصاحبه قال هو له حلال وهذا قول ابن ادريس ب انها تحل بالعقد وهو اختيار ابن
البراج ونقل عن الشيخ فانه قال في النهاية حرمت عليه الا ان يشتري النصف الاخر او يرضى
مالك نصفها بالعقد فيكون ذلك عقدًا مستانفًا او رد ان اراد بالعقد عقد النكاح الاول بطل
لبطلانه بالشراء فلا يصير صحيحًا بالاجازة ولانه وقع اولًا برضاه ولم يتجدد له ملك فلم
يقف على اجازته ثانيًا وقال الفاضل المحقق ابو القسم بن سعيد المراد بالعقد عقد البيع
على النصف الثاني قال وكانه يقول الا ان يشتري النصف الاخر من البائع ويرضى
مالك ذلك النصف بالعقد ويكون الاجازة له كالعقد المستانف ويكون الالف في قوله او
سهوًا من الناسخ او يكون بمعنى الواو وهذا آخر كلامه وفيه تعسف وبعد واعترف بانه
لا يمكن وطي احد الشريكين المشتركة حال اشتراكها ج قول ابن حمزة يباح بعقد المتعة
بشرط ان يكون من الشريكين مهاياة وبعقد في نوبة سيدها باذنه والاصح عندي قول
ابن الجنيد وانما طولنا الكلام في هذه المسئلة لانها موضع اشكال فاحببت استيفاء الاقوال
فيها قال قدس الله سره ولو ملك بعضها وكان الباقي حرًا لم تحل بالملك ولا بالدائم وفي
حل عقد المتعة في ايام مهاياتها نظر اقول اجاز قول الشيخ في النهاية لانها في ايامها كالحرة
كلها تملك فيها كسبها والاصح عندي انه لا يصح لان المهايات تتناول الخدمة خاصة لا منفعة
البضع قال قدس الله سره وهل يقع عقد احد الزوجين الحر العالم بعبودية الاخر فاسدًا
او موقوفًا على اذن المالك الاقرب الثاني فحينئذ لو عتق قبل الفسخ لزم العقد اقول الطرفين
البحث مثل المسئلة المتقدمة فلا تكررها وانما ذكرها هنا لغاية آ ليتفرع عليها ما لو اعتق
قبل الفسخ فانه على القول بالبطلان لا تصححه العتق ولم يحتج الى الفسخ واحتاج في النكاح الى عقد

مستانف وعلى الوقف يصح ويلزم النكاح لتحقق الشرط وانتفاء المانع ب الفرق بينه
وبين ما اذا باع مال الغير بغير اذنه ثم اشتراه من المالك فان الذي يثبت هنا وهو الحرية
شرط مجامع للنكاح وفي بيع مال الغير اذا اشتراه البايع الموجود ضده لتضاد ملكي شخصين كان
النكاح هنا اولى من لزوم البيع وهذا من دقائق علم الفقه

الفصل الثاني

في مبطلاته وهي العتق والبيع والطلاق

المطلب الاول في العتق

قال قدس الله سره اذا اعتقت وكان زوجها عبدا كان لها الخيار على قوله ولو كانت تحت حر فخيار الفسخ خلاف
اقول اذا اتحد عتق الامة بعد تزويجها بعبد كان لها الخيار اجماعا لان بريرة عتقت و
هي تحت عبد فخيرها النبي صلى الله عليه وآله وسلم واما اذا كانت تحت حر فحررت فهل لها
خيار الفسخ ام لا اختلف الاصحاب فيه فاسند والذي المصنف ووالده رحمهما الله والشيخ في
النهاية والمفيد وابن البراج وابن الجنيد وابن ادريس وبعض اصحابنا نفاه وقواه الشيخ في
المبسوط والاصح عندي اختيار والدي لما رواه ابو الصباح الكناني في الصحيح عن الصادق عليه
قال ايما امراة اعتقت فامرها بيدها ان شاءت اقامت وان شاءت فارقته وهو عام
شامل لصورة النزاع وعن زيد الشحام عن الصادق عليه السلم قال اذا اعتقت الامة
ولها زوج خيرت ان كانت تحت حر او عبد وقال عليه السلم لبريرة ملكت بضعك فاختاري
جعل ملك البضع علة فلا مدخل لعبودية الزوج لان احد جزء السبب ممكن انه غير جائز وهو متحقق
هنا احتج الشيخ في المبسوط بان المقتضي للزوم العقد وجد والاصل بقاء ما كان على ما كان
قال قدس الله سره ولو اخرت الفسخ لجهالة العتق لم يسقط خيارها ولو كان لجهالة
فورية الخيار او اصل احتمل السقوط وعدمه والفرق اقول الخيار هنا على الفور لما تقدم
من قوله عليه السلم لبريرة ملكت بضعك فاختاري والفاء للتعقيب من غير تاخير قالوا استشفع
بالنبي عليه السلام فشفع فلم تقبل وهو يستلزم التاخير قلنا ممنوع ولو سلم فتاخيرها
الفسخ لجهلها بالخيار لقولها اشافع انت ام آمر قال بل شافع فلما علمت فوريته فسخت ثم
فرع على فوريته فروعا ثلثة أ لو اخرت الاختيار لجهل العتق لم يبطل خيارها اجماعا ب
لو علمت العتق واخرت لجهل اصل الخيار احتمل السقوط لان جاهل الحكم لا يعذر

ويحتمل

ويحتمل عدمه لانه حكم خفي فلو لم يعذر فيه لزم الحرج ج لو علمت العتق والخيار و
اخرت لجهل فوريته احتمل مساواته لجهل اصل الخيار لاتحاد طريق المسئلتين وانه انما عذر
مع الجهل بالحكم فالفورية كذلك لانه اخفى وان لم يعذر لجاهل الحكم سقط في المسئلتين
ولانه على الفور وثبوت الحكم لو كان مشروطا بالعلم به لتقدم الشرط لكن العلم بالفورية
فدور وعلى تقدير المساواة يحتمل السقوط في المسئلتين وعدم السقوط فيهما ويحتمل الفرق بين
جهل اصل الخيار وجهل فوريته لا يسقط خيارها ان جهلت اصل الخيار ويسقط ان
جهلت الفورية لان التاخير مع جهل الخيار لا يعد مهملة مقصرة في ترك الخيار بخلاف ما اذا
علمت اصل الخيار وان جهلت فوريته ولان التاخير مع علم الخيار يدل على الرضاء عرفا
في الاغلب ولانه ان معنى كون الخيار على الفور ثبوته في اول اوقات القدرة على الاختيار
وفي اول اوقات العلم بالبيع وثبوت الخيار مع عدم مانع خارجي يثبت الخيار وهو عندنا
شرعا فيسقط اما مع جهل الخيار فهو غير مقدور ولان شرط تعلق القدرة بالشيء العلم
به والى هذا الاحتمال اشار المصنف بقوله والفرق قال قدس الله سره ولو لم يختر
حتى اعتق العبد فان قلنا بالمنع من الاختيار تحت الحر احتمل ثبوته هنا لانه ثبت سابقا
فلا يسقط بالحرية كغيره من الحقوق والسقوط كالعيب اذا علم المشتري بعد زواله
اقول على تقدير عدم الخيار في الحر الاقوى عندي الثاني لان سبب الخيار
حريتها وعبوديته وقد زال احد جزئي السبب فبطل سببيته ولا يرد ان اشتراطه وهو في الحدوث
لا يستلزم اشتراطه في البقاء لان الاصل بقاء الشرطية ولانه شرط الوجود لا من حيث هو
حادث والاصل فيه ان نص النبي عليه السلام انما جاء في قضية بريرة وكانا مملوكين وتعديتها
على خلاف الاصل قال قدس الله سره ولو طلق قبل اختيار الفسخ احتمل ايقافه
فان اختارت الفسخ بطل والا وقع ووقوعه اقول اذا اعتقت فطلق عقيبه بلا فصل
قبل اختيار الفسخ او لجهلها العتق ومراده بالطلاق هنا البائن فيحتمل هنا ان يكون الطلاق
مراعا فان فسخت النكاح ظهر بطلان الطلاق وان لم تفسخ بان وقوعه لا سيما الطلاق
في الحال جزما مبطل حقها من الفسخ وهو ينافي النص وابطال الطلاق من باين مع مصادفته النكاح

الدايم وقد وقع من اهله في محله غير جايز فتعين الحكم بكونه مراعا والفسخ او عدمه كاشف عن البطلان والصحة كالطلاق في الردة ويحتمل وقوع الطلاق لانه صادف نكاحا دايما وهو من اهل الطلاق فيبطل الخيار واعلم ان الانفساخ بالردة يستند اليها فظهر فساد الطلاق فيها لانه لم يصادف النكاح واما الانفساخ هنا فلم يستند الى ما قبله وهو العتق بل الى فسخها فقبله النكاح موجود فيصادفه الطلاق فافترق الطلاق في الردة وهنا واعلم ان مراد المصنف بقوله احتمل ابعافه كونه مراعى لا موقوفا كبيع الراهن قال قدس الله سره ولو كانا لاثنين واعتقا دفعة او سبق عتقها او مطلقا على راي اختارت

اقول قوله مطلقا اي سواء كان عتقها سابقا على عتقه او متاخرا عن عتقه او مقارنا فهنا مسايل ثلاث آ اعتقا دفعة ومبناه على اختيار ها مع حرية زوجها لان عتقها لم يصادف عبوديته بل صادف حريته لانها مع سببه ومانع السبب متقدم على المسبب وفيها الخلاف كما مضى ب سبق عتقها على عتقه فاما ان يكون قد فسخت قبل عتقه او لا فان كان الاول فلا بحث وان كان الثاني وهو ان لا يكون قد فسخت وهي المسئلة المذكورة هنا فمبنى هذه المسئلة على انها اذا تجدد عتق الزوج قبل فسخها وقد مضى البحث فيه ج لا اعتبار بسبق احدهما بل نقول بتخييرها متى اعتقت وفيه الخلاف لانه مبني على المسئلتين المتقدمتين اعني عتقها تحت حر وتجدد عتقه وقد مضى الخلاف في الكل قال قدس الله سره ويجوز ان يجعل عتق امته مهرا لها ويلزم العقد ان قدم النكاح بقوله تزوجتك واعتقتك وجعلت مهرك عتقك وفي اشتراط قبولها او الاكتفاء بقوله جعلت مهرك عتقك اشكال اقول الاصل في هذه المسئلة ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم لما اسرت صفية بنت حيي بن اخطب من ولد هرون بن عمران عليه السلم اصطفاها النبي صلى الله عليه وآله لنفسه من الغنيمة في فتح خيبر ثم اعتقها وتزوجها وجعل عتقها صداقها بعد ان حاضت حيضة فاجمع اصحابنا على انها من سنن المشروعة العامة وهو ان يجعل عتق امته صداقها وقال كثير من الجمهور انها من خصايص النبي عليه السلام وهنا مسئلتان آ هل يشترط قبولها ام لا يحتمل الاول لان النكاح عقد لفظي وكل عقد لفظي لا بد فيه من القبول لفظا ولا حريتها مقترن حال النكاح

لامتناع

لامتناع تزويج الانسان بجاريته فالحرية شرط للنكاح والشرط مقدم بالذات فاعتبر قولها والان الصادر من المولى قبول النكاح فيعتبر ايجابها والقبول منها وان كان في اللفظ قبولا فهو ايجاب في الحقيقة وقبولها كاشف عن صحة العتق وصحة قول السيد ويحتمل عدمه لان سبب الحرية تزويج السيد والمسبب لا يتقدم على السبب ونكاح الامة بيد السيد فقوله تزوجتك لفظ يدل صريحا بصيغة شرعية على رضاه ممن اعتبر رضاه في قبول النكاح وايجابه فاجتمع فيه الوجهان باعتبارين وصح تزويج الامة في هذه الصورة بالنص واجماعنا لانه يؤول الى الحرية لا الفصل ولان سبب العتق جعله مهرا وسببه العقد فيتقدم العقد عليه بالعلية وهو شرط اعتبار قبولها متاخر عنه بالطبع فلو شرط فيه دار واجيب بانه كاشف فهو امارة ولان النبي عليه السلام اصطفى صفية وتزوجها وجعل عتقها مهرها ولم ينقل قبولها ولو قبلت لنقل لانه من الشرف قالوا من خصايصه قلنا اعتقك يحتمل ذلك وهو المفهوم من عبارة الاصحاب وصرح ابو الصلاح والمفيد به لان ثبوت المهر يكفي فيه ذكره في العقد فلا يحتاج الى صيغة اخرى صريحة في العتق وصل من استدل بانه بمليك الجارية رقبتها لانه اضافه لا بد فيه من تغاير المضاف هنا بالذات والحق ان المهر هنا فك ملك لا تمليك ويحتمل عدم الاكتفاء به لان العتق لا يقع الا بالصيغة الصريحة وهي التحرير والاعتاق على القول به ولاصالة بقاء الملك الى علم السبب قال قدس الله سره قيل ولو قدم العتق كان لها الخيار وقيل لا خيار لها لانه يتم الكلام اقول كلام الشيخ في النهاية يصح ثبوت الخيار لها في الرضا بالعقد والامتناع عن قبوله وتبعه ابن البراج وابن ادريس وقال ابو الصلاح يلزم النكاح ولا يعتبر رضاها لان الكلام لا يتم الا باخره كما لو قال اعتقتك وعليك كذا وهو اختيار والدي المصنف في المختلف احتج ابو الصلاح بما رواه عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام قال قلت له رجل قال لجاريته اعتقتك وجعلت عتقك مهرك قال فقال جايز او رد المطلوب اللزوم والجواز اعم منه واجيب المسؤل عنه اللزوم فلزم تاخير البيان عن وقت الحاجة قالوا ممنوع بل عن وقت السؤال قلت كلاهما محذور عنده في الاصول ونمنع ان المسؤل عنه اللزوم اذ الصيغة مشتركة بينهما والاقوى عندي

قول ابي الصلاح لما تقدم احتج الشيخ بما رواه علي بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلام قال سألته
عن رجل قال لامته اعتقتك وجعلت مهرك عتقك فقال عتقت وهي بالخيار ان شاءت تزوجته
وان شاءت فلا فان تزوجته فليعطها شيئا وان قال قد تزوجتك وجعلت مهرك عتقك فان
النكاح واقع ولا يعطيها شيئا والجواب الطعن في السند اولا وعلى انه صح فلا دلالة له على مطلوبكم لانه لم
يقدم قوله تزوجتك ولا يصح ذكر المهر بدون لفظ النكاح ولانه يدل على وجوب شيء آخر ويكون
هو المهر او جزءه وليس مطلوبكم **قال** قدس الله سره وقيل تقديم العتق لان تزويج الامة
باطل **اقول** قوله وقيل اشارة الى قول المفيد وابي الصلاح واختاره الشيخ في الخلاف واحتجوا
بان نكاح الامة باطل واجيب بان تقديم العتق على ثبوت النكاح مع كونه مهرا للنكاح
المتأخر عنه واجابوا بان الكلام لا يتم الا باخره فمع تقديمه لفظا هو متأخر بالذات ويلزمهم عدم
وجوب تقديم العتق لانه وان تأخر لفظا فهو في حكم المقارن لان الكلام لا يتم الا باخره **قال**
قدس الله سره ولو جعل ذلك في امة الغير فان ابطلنا عتق المرتهن مع الاجازة فالاقرب هنا
الصحة **اقول** الكلام هنا في موضعين آ صحة النكاح وهو مبني على صحة عقد المفوضة
اذ لا تعلق لصحته بصحة المهر اذ لو بطل المهر هنا وقف النكاح على الاجازة وكانت كمفوضة البضع
ب في صحة المهر وهو مبني على مقدمتين احديهما انه هل المجعول عتقها مهرا المهر
هو العتق ابتداء او يكون تمليكها رقبتها وسعه العتق كما لو زوج جارية غيره وجعل اب ذلك الغير
المملوك للزوج مهرا لها فانه يقتضي تملك سيد الجارية اياه فان اجاز انعتق الاب وثانيهما ان
عتق المرتهن هل يبطل من راس او يقف حتى المراعاة على الاجازة اذا تقرر ذلك فنقول
ان قلنا بالثاني في المقدمة الاولى صح هنا ووقف على الاجازة وان قلنا بالاول من المقدمة
الاولى فان قلنا ببطلان عتق المرتهن من راس بطل المهر هنا قطعا وان قلنا بالصحة
وتعلقه صح هنا والا بطل وان قلنا بالصحة والاقتصار عليه فان كان من مرتهنا صح والا بطل
والحق عندي في هذه المسألة انه لا يصح العتق فيبطل المهر لانه من قبيل الاسباب او الشرط
ويقتصر بها على مورد النص ومن ثم المخالف من خصائصه عليه السلام ولم يرد الا في جارية
الانسان نفسه وهذا هو الذي استقر عليه رأي والدي المصنف رحمه الله وقوله فالاقرب ليس

يرجح للصحة هنا بل على تقدير اجازة عتق المرتهن والترجيح على تقدير لا يستلزم الترجيح
في نفس الامر وهذا التقدير باطل عندي وعند المصنف واما عقد النكاح فلا يفسد بفساد
المهر بل ان وقع بايجاب وقبول من معتبري العبارة وقف على الاجازة مع القول بوقوع النكاح
موقوفا على الاجازة **قال** قدس الله سره والاقرب جواز جعل عتق بعض مملوكه مهرا ويسري
العتق خاصة **اقول** وجه القرب صحة عتق البعض وصحة المعاوضة على البعض وهو جعل
بعض رقبتها مهرا فلو قلنا بان نقول ان جعل العتق مهرا هو جعل رقبتها بالحقيقة يصح هنا ولانه
لا فرق بين البعض والكل ويحتمل عدم الصحة لانه ليس بصورة النص وهذا هو الاقوى عندي
لانه كلما خالف الاصل يقتصر فيه على صورة النص **قال** قدس الله سره ولو كانت
مشتركة مع الغير فتزوجها وجعل عتق نصيبه مهرا فالاقرب الصحة ويسري العتق ولا اعتبار
برضا الشريك **اقول** هذا البحث على تقدير السراية بعتق نصيبه كما اذا كان موسرا بالقيمة
وقلنا بعدم توقف السراية على الاداء او بالاداء فادى ووجه القرب ان عتق نصيبه والمعاوضة
عليه جائز ونكاح امة الغير موقوف على رضاه ان لم ينتقل اليه قبل فسخه وقد انتقلت عنه
فلم يعتبر رضاه ولم يعتبر رضاها بقول كل من اعتبر رضا مملوكته اذا تزوجها
وجعل مهرها عتقها اعتبره هنا ومن لم يعتبره ثم لم يعتبره هنا لان العتق بالسراية ينتقل اليه
حصة الشريك ثم يعتق عليه فصارت كلها له ثم اعتقت فلم يعتبر رضاها او يكون صحة النكاح
سبب العتق ومسببه معه ولان العتق هنا ان كان بمجرد الصيغة من غير اعتبار كونه
مهرا لزم الاول والا الثاني قلنا بالمجموع من صيغة العتق والعقد ثبت في حصة المالك العتق
وملكية حصة الشريك وهما سبب نفوذ العتق فيها فلا دور **قال** قدس الله سره ولو
اعتق جميع جاريته وجعل عتق بعضها مهرا او بالعكس صح الجميع **اقول** هنا مسألتان
آ اذا اعتق جاريته وجعل بعض عتقها مهرا اما بان تقدم العتق او التزويج على القولين
صح لانه لما جاز ان يكون الكل جاز ان يكون البعض ب لو جعل كل عتقها
بعض المهر بان جعل عتقها وشيئا آخر من ماله مهرا صح لانه كلما صح ان يكون مهرا صح ان يكون
بعض مهر لعدم فرق لامته بينهما واليه اشار بقوله او بالعكس **قال** قدس الله سره وليس

الاستيلاد عتقاً وان منع من بيعها لكن لو مات مولاها عتقت من نصيب ولدها فان عجز
النصيب سعت في الباقي وقيل يلزم الولد السعي اقول اختيار المصنف هو اختيار
الشيخ المفيد وابن ادريس والقول بلزوم الولد السعي هو قول ابن حمزة وقال الشيخ
في المبسوط يجب على الولد فكها من ماله والحق الاول ومأخذ الاقوال ان قوله عليه السلام من اعتق
شقصاً من عبد عتق عليه كله هو بما ولو من ذلك بعض من يعتق عليه بغير اختياره ويصدق عليه
انه اعتقه لانه السبب في سببه قال بعضهم نعم وقال بعضهم لا وسياتي تحقيقه في باب العتق
قال قدس الله سره وقيل لو قصرت التركة عن الديون بيعت فيها بعد موت مولاها
وان لم يكن ثمناً لها اقول هذا قول ابن حمزة وليس بشيء وقد تقدم البحث فيه قال
قدس الله سره ولو كان شاهد بأنها اعتقها وجعل عتقها مهرها وتزوجها واولدها وافلس ومات صح
العتق ولا سبيل عليها ولا على ولدها وتحمل الرواية بعود الرق على وقوعه في المرض اقول
اختيار المصنف هنا مذهب ابن ادريس وهو الصحيح عندي واختاره جدي وقال الشيخ رحمه الله
في النهاية يبطل العتق وتعود الى بايعها وولدها رق ايضاً وهو اختيار ابن الجنيد وابن البراج احتجاجاً
برواية هشام بن سالم عن ابي بصير الصحيحة قال سئل ابو عبد الله عليه السلام وانا حاضر
عن رجل باع من رجل جارية بكراً الى سنة فلما قبضها المشتري اعتقها من الغد وتزوجها
وجعل مهرها عتقها ثم مات بعد ذلك بشهر فقال ابو عبد الله ان كان الذي اشتراها
الى سنة له مال او عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها فان عتقه ونكاحه جائز وان
لم يملك ما يحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها فان عتقه ونكاحه باطل لانه عتق ما لا يملك
وارى انها رق لمولاها الاول قيل له وان كانت قد علقت من الذي اعتقها وتزوجها ما حال
ما في بطنها فقال الذي في بطنها مع امه كهيئتها واجاب والدي قدس الله سره بحمل
الرواية على وقوع العتق في مرض الموت لانه حينئذ يكون العتق مراعى وقد حصل معه الاستيلاد
فيضعف الملك فاذا مات ظهر بطلان العتق وعاد الملك التام المستقر اليه واليه اشار بلفظة
العود اعني في الام لان العود حقيقة فيما ثبت ثم زال ثم عاد اعني نوعه لا الشخص الذي عدم و
الولد لم يثبت له الرق فلا يصدق العود في حقه ولو اراد المصنف رق الولد لقال وحمل الرواية

بالرق

بالرق والجواب عن الولد ان الرواية لا يدل على رقه لان قول الصادق عليه السلام مع امه
كهيئتها لا يدل على الرق بشيء من الدلالات لانه صادق حال حرية امه ظاهراً في الظاهر والحر
المسلم لا تصير رقاً **المطلب الثاني** في البيع قال قدس الله سره وقيل ليس لمشتري العبد
فسخ نكاح الحرة اقول هذا القول لابن ادريس وقال الشيخ في النهاية وابن البراج
وابن حمزة والمصنف في المختلف للمشتري الفسخ احتج ابن ادريس بانه عقد لازم والاصل البقاء والتعلق
حق الحرة به تعلقاً شرعياً ولا دليل على زواله احتج المصنف بما رواه محمد بن علي عن ابي الحسن عليه السلام
قال اذا تزوج المملوك حرة فللمولى ان يفرق بينهما وان زوجه المولى حرة فله ان يفرق بينهما
وليس بغير المشتري اجماعاً والمفرق هنا بمعنى زوال اللزوم تسمية للشيء بما يؤول اليه ولثبوته في زوج
الامة لما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال طلاق الامة بيعها او بيع
زوجها ولا فارق بينهما لانه نكاح لزم في الصورتين والاقوى عندي اختيار المصنف
قال قدس الله سره فلو باع عبده فللمشتري الفسخ وعلى المولى نصف المهر للحرة ويحتمل
من انكرهما اقول هنا مكانان آ ان للمشتري الفسخ وقد تقدم البحث فيه ب
ان على المولى نصف المهر وهذا يشتمل على حكمين احدهما ان المهر يضمنه المولى وقد تقدم
البحث فيما يناسب ذلك ويظهر حكمه منه وثانيهما ان الواجب على المولى نصف المهر وهو
وهو اختيار الشيخ في النهاية وابن حمزة وابن البراج وابن ادريس واوجب كل
المهر لان المهر يجب بالعقد وتشطيره بالطلاق وحمل الفسخ عليه قياس ونقل صاحب شرح رسالة
سلار عن اصحابنا انه وجد بعض فتاوى المفيد بان العقد وحده لا يوجب كل المهر بل انما يجب
كل المهر بالعقد والدخول او الموت فعلى هذا لا يتوجه كلام ابن ادريس والحق عندي اختيار والدي
المصنف قدس الله سره **المطلب الثالث** في الطلاق قال قدس الله سره ولو
استقل العبد بالطلاق وقع على اشكال اقول اذا استقل العبد المزوج بامة سيده
باذنه بالطلاق وهل يقع ام لا يحتمل عدم الوقوع لما رواه ليث المرادي قال سالت
ابا عبد الله عليه السلام عن العبد هل يجوز طلاقه فقال ان كانت امتك فلا ان الله يقول
عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء فان كانت امة قوم اخرين او حرة جاز طلاقه ولما رواه

زرارة عن الباقر والصادق عليهما السلام قالا المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه الا باذن
سيده قلت فان السيد كان زوجه بيد من الطلاق قال بيد السيد ضرب الله مثلاً
عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء أفشيء الطلاق ثم الحديث والمطلق يحمل على المقيد ويحتمل وقوعه
لقوله عليه السلام الطلاق بيد من اخذ بالساق والتحقيق انه ان كان عقداً وقع طلاقه لعموم
الخبر وان كان اباحة يكفي فيها قول المولى لم يقع الطلاق لا ساعة ولا يوجب فسخاً لانه
كلما لم يعتبر ثبوته في الثبوت ما لم يؤثر عدمه في العدم قال قدس الله سره ولو امره
بالطلاق فالاقرب انه فسخ ان جعلناه اباحة والا فاشكال اقول الضمير في قوله انه راجع الى
الامر لا الى الطلاق ولا يصح عوده الى الطلاق لان البحث في طلاق العبد يأتي في قوله وكذا
الاشكال لو طلق العبد وتقرير المسئلة ان المولى اذا زوج عبده امته كان له رفع النكاح من غير
احتياج الى العبد فعلى هذا لو امر السيد العبد بالطلاق هل يكون هذا الامر بمجرده فسخاً ام لا
هذا مبني على مسئلة هي ان هذا التزويج هل هو اباحة او عقد فان قلنا انه مجرد اباحة كان فسخاً
لانه يتضمن الامر بالاعتزال والنهي عن تقربها والامر بالاعتزال فسخ فالامر بالطلاق فسخ اما
الصغرى فظاهرة واما الكبرى فلما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال
سألته عن قول الله عز وجل والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم قال هو ان يأمر الرجل
عبده وتحته امته فيقول له اعتزل امرأتك ولا تقربها ثم يحبسها حتى تحيض ثم يمسها وان قلنا
انه عقد احتمل ان يكون فسخاً لما تقدم ويحتمل عدمه لانه لو كان فسخاً لبطل الامر لامتناع
المأمور به حينئذ واذا بطل الامر لم يحصل به الفسخ لان معنى البطلان عدم ترتب اثره عليه
ولانه جعل رفع النكاح اليه بصيغة منه ولم يفعل ولان الامر بالطلاق يقرر للنكاح فلو كان
فسخاً لاجتمع النقيضان اما الاولى فلما روي في الحسن عن علي بن جعفر عن الكاظم عليه السلام عن
آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام انه قال لمولى عبد تزوج بغير اذنه ففرق بينهما فامر
المولى عبده بالطلاق فقال امير المؤمنين عليه السلام للمولى لا انكحت حيث قلت له طلق
اقررت له بالنكاح واما الثانية فظاهرة والجواب انه اقرار بابتداء النكاح ويمنع في
استدامته قال قدس الله سره وكذا الاشكال لو طلق العبد اقول اذا امره بالطلاق

فطلق

فطلق العبد فان قلنا انه ليس بفسخ فان قلنا ان العقد اباحة لم يقع طلاق العبد لما مر
من الروايات انه لا يملك شيئاً ولان رواية محمد بن مسلم دلت على انحصار الفرقة في قوله
اعتزل امرأتك ولان الطلاق تابع للعقد واذا انتفى انتفى ويحتمل ان يكون صيغة الطلاق من
العبد هنا فسخاً لان المولى استنابه بامره بالطلاق في ايقاع هذه الصيغة فيكون بمنزلة صدورها
من المولى وطلاق المولى فسخ فيكون طلاق العبد فسخاً لان الصيغة الصادرة من العبد كالصيغة
الصادرة من المولى وهذه فسخ وان قلنا ان العقد نكاح صح طلاق العبد لعموم الطلاق بيد
من اخذ بالساق قال قدس الله سره ولو طلق الامة زوجها ثم بيعت اكملت العدة وكفت
عن الاستبراء على رأي اقول قال الشيخ في المبسوط وابن البراج وابن ادريس يجب
العدة والاستبراء ولا يحل للمشتري الا بعدهما لانهما حكمان لمكلفين فتداخلهما على خلاف الاصل
وقال والدي قدس الله سره في المختلف الوجه سقوط الاستبراء لسقوطه مع استبراء البائع وكذا هنا
بحكم العدة المقصد الثاني في الملك وفيه مطلبان الاول ملك الرقبة قال
قدس الله سره وكذا كل من ملك امة بأي وجه كان حرم عليه وطؤها قبل استبرائها الا ان
يكون يائسة او حائضاً على رأي لان حيضها بالتحيير اقول الخلاف في الحائض
فقال في النهاية يسقط استبراؤها وتحل للمشتري عند طهرها من الحيض واختاره والدي
المصنف هنا وفي المختلف وقال ابن ادريس لا بد من استبرائها بقرء ولا يحل للمشتري
بدونه احتج المصنف بما رواه الشيخ في الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال سألته
عن رجل اشترى جارية وهي حائض قال اذا طهرت فليمسها ان شاء احتج ابن ادريس
بعموم الامر بالاستبراء والجواب الرواية مخصصة قال قدس الله سره اولا استبراء
على رأي اقول اسقط الشيخ في النهاية الاستبراء هنا واختاره والدي المصنف هنا وفي
المختلف وقال ابن ادريس لا يحل الا باستبراء المشتري احتج المصنف بان سبب الاستبراء
احتمال وطي البائع ويكفي في الحكم بسقوطه ظن عدم وطي البائع باخباره مع كونه ثقة وكلاهما
يكفي في الحكم الظن لتعذر العلم باي سبب كان وهي بل بهيئة اجماعية واما المقدمة الاولى
فلما رواه ابن سنان في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلام الرجل يشتري الجارية

لم يحض قال يعتزلها شهراً ان كانت قد مست قلت افرأيت ان ابتاعها وهي طاهر وزعم صاحبها
انه لم يطأها منذ طهرت فقال ان كان عندك امينا فمسها الحديث والمراد بقوله من البائع للاكتفاء
في عدمه بعدم فعله كما ذكر في هذه الرواية فلو اعتبر غيره لكان قد اخذ العام مكان الخاص
في السبب او الدلالة وهو من الاغلاط ويمتنع على المعصوم لما ان الاستبراء بوجوده ونفاه بعدمه
من غير اعتبار غيره دل على انه سبب تام في ثبوت الاستبراء وانما اكتفى باحتمال الستر لان اباحة
الفروج مبنية على الاحتياط لا بتنها بالعلم او من ظن بنص الشارع عليه والاجماع على عدم اشتراط
العلم بالمس واحتج ابن ادريس بان سبب وجوب الاستبراء انتقال الملك مطلقا من غير
التفات الى غيره وقد حصل هنا منشأ السبب اما الاولى فلما رواه عبدالله بن سنان عن ابي
عبدالله عليه السلام ان الذين يشترون الاماء ثم ياتوهن قبل ان يستبروهن فاولئك
باموالهم الحديث والمقدمتان الاخريان ظاهرتان اجاب والدي بان العمل بالرواية
الاولى اولى لانها من الصحاح او يحمل الثانية على الكراهة جمعا بين الاخبار ومختاري اختيار ابن
ادريس في المسائل الثلاث لان الاحتياط في الفروج اولى **المطلب الثاني** في ملك المنفعة
قال قدس الله سره والصيغة وهو لفظ التحليل مثل قوله احللت لك وطؤها او جعلتك في حل
من وطئها والاقرب الحاق الاباحة به **اقول** المصنف هنا اختار مختار ابن ادريس خلافاً
للشيخ وابن زهرة وظاهر كلام المرتضى احتج المصنف باتحاد معناهما والاقوى عندي عدم الاستباحة
باباحة الموطئ **قال** قدس الله سره فلو باشر اعتقال كل منهما احللت لك وطأها صح وان
قال احللت حصتي منها فاشكال **اقول** يحتمل الصحة لان يعرف كل انما هو في حصته فاذا
قال احللت لك وطء هذه الجارية فقد دل على حصته بالنص واذا صحت الدلالة عليها
بالنص فالمطابقة اولى بالصحة والاقوى عندي انه لا يصح لانه لا يصح افرادها بالنكاح
فان النكاح لا يقع الا على الكل لفظا لا على كل واحد **قال** قدس الله سره وهل هو
عقد او ملك منفعة خلاف **اقول** جواز التحليل يستلزم كونه احدهما لقوله تعالى فمن
ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون واختلف الاصحاب في ذلك نقل ابن ادريس عن
المرتضى انه عقد والتحليل او الاباحة عبارة عنه وذهب ابن ادريس الى انه ملك منفعة وهو

اختيار

اختيار الشيخ في المبسوط وشرط في المبسوط تعيين المدة **تذنيب** يلزم من ذلك اشتراط
القبول وهو الاقوى عندي **قال** قدس الله سره ولو اباح امته لعبده فان قلنا انه تمليك
وان العبد يملك حلت والا فلا والاول اولى لانه اباحة والعبد اهل لها **اقول** هذا فرع
على اباحة الامة لغير المالك بالتحليل من المالك وتقريره ان نقول اختلف الناس في جواز اباحة
امته لعبده فمنعه الشيخ في النهاية قال فان اراد ذلك عقد له عليها عقداً واختاره والدي
المصنف في المختلف وهو المختار عندي وبه افتي وجوّزه ابن ادريس احتج الشيخ برواية علي بن
يقطين في الصحيح عن ابي الحسن الماضي عليه السلام المذكور في المسألة المتقدمة وهي قوله لو زوج عبده
امته احتج ابن ادريس بقوله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن والجواب النكاح حقيقة في العقد اجماعاً
ودعواه كونه حقيقة في الوطي ايضاً يعارضها ترجيح المجاز على الاشتراك ولو سلم لم يسلم الدلالة لان
اللفظ المشترك لا يصلح للاستدلال الا على احد معنييه بعينه بلا قرينة واعلم ان والدي المصنف
بنى هذه المسألة في هذا الكتاب على مسألتين احديهما ان هذه الاباحة هل هي تمليك او عقد فان
قلنا انها عقد صح وان قلنا انها تمليك وقلنا ان العبد يملك صح والا بطل ثم اختار الصحة
بقوله والاول اولى واشار بالاول الى قوله حلت عند قوله وان العبد يملك والثاني قوله والا فلا
ثم علل بانها اباحة والعبد اهل لها وان قلنا انها تمليك والمراد بالملك في البضع ما افاد الاباحة
والتحريم على الغير والعبد اهل لها فيكون اهلا للملك فعلى كل واحد من التقديرين يصح
قال قدس الله سره ولو ملك بعضها فاباحة لم يحل ولو احل الشريك حلت للشريك **اقول**
هذا قول الشيخ في النهاية وتبعه ابن حمزة محتجا بانه يلزم تبعض البضع واجاب والدي
في بعض كتبه بانه انما يلزم لو قلنا انه مباح بالملك والاباحة معا وليس كذلك انما يباح بالاباحة خاصة
قال قدس الله سره وولد التحليل حر بشرط الحرية او مطلق ولا شيء على الاب على رأي
اقول هذا اختيار المرتضى والشيخ في الخلاف وابن ادريس ووالدي في مختلف الشيعة
وقال الشيخ في النهاية الولد لمولاها وعلى ابيه ان يشتريه بماله ان كان له مال وان لم يكن
له مال استسعى في ثمنه وان شرط ان يكون الولد حرا فهو على ما شرط وقال في المبسوط يكون
الولد رقا الا ان يشترط الحرية ولو كان عقدا يغني التحليل الحق بالحرية على كل حال ذكره

ذلك في مقام معرض الاستدلال على ان التحليل نوع تمليك والحق اختيار والذي المصنف في هذا الكتاب
لانه لا يخلو اما ان يكون تمليكا او عقدا وعلى كل تقدير يكون الولد حرا اما المقدمة الاولى
فاجماعية بالاية واما الثانية فلما رواه الحسن عن زرارة قال قلت لابي جعفر عليه السلام
الرجل يحل جاريته لاخيه قال لا باس قال قلت فان جاءت بولد قال يضم اليه ولده ويرد الجارية
على صاحبها واحتج الشيخ بما رواه ضريس بن عبد الملك قال قلت لابي عبد الله عليه السلام
الرجل يحل لاخيه فرج جاريته قال هو له حلال قلت فان جاءت بولد منه فقال هو لمولى
الجارية الا ان يكون قد اشترط على مولى الجارية حين احلها ان جاءت بولد فهو حر والجواب
ان الرواية الاولى اوضح طريقا من الثانية فلا يصلح لمعارضتها **الفصل الرابع** في بقايا مسائل متعددة
قال قدس الله سره وللسيد استخدامها نهارا وعليه تسليمها الى زوجها ليلا وهل له
اسكانها في بيت في داره او للزوج اخراجها فيه نظر اقربه الاخير **اقول** اعلم ان السيد
يملك منفعتين من امته منفعة الاستمتاع ومنفعة الاستخدام فاذا زوجها عقد على احدى منفعتيها
وبقيت المنفعة الاخرى يستوفيها في وقتها وهو النهار ويسلمها الى الزوج وقت الاستراحة و
الاستمتاع وهو الليل وعليه التعويل في القسم بين النساء ولهذا لو اراد السيد العكس لم يكن
له ذلك ويتفرع على اجتماع الحقين عليها انه لو اراد السيد ان يسكنها في بيت في داره يفرده
لها واراد الزوج اخراجها فايهما يقدم الاصح عنده والذي يجيء تقديم اختيار الزوج
لان الزوجة لا تستحي على الزوج بغيبته لها بدل التكرر ولان الحياء والمروة يمنعانه من دخول دار
السيد ولوجوب تسليمها الى الزوج وكان يخصص المسكن اليه ويحتمل ضعيفا ترجيح اختيار
السيد لاستحقاقه دوام يده على ملكه مع وصول الزوج الى حقه وفيه جمع بين الحقين ولان الواجب
عليه التمكين من الوطي وانواع الاستمتاع وهو يحصل ببذل المسكن في داره ولا يجب عليه اخراجها
منه وفيه نظر لمنع المقدمة الاولى والاصح عندي الاول لقوله تعالى الرجال قوامون على النساء
بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من اموالهم وهو عام في الحرة والامة ومعنى القوام
على الشخص الذي هو والي بامره وذلك نقله من موضع الى اخر فاذا كان ذلك سبب النفقة
لان الثابت للسيد فلو لم ينقلها معه لم يستحق النفقة عليه ولان التمكين لا يتم الا بامرين آ تمكينه

من

من الاستمتاع بها ب تمكينها من النقلة معه في زمان يستوفيه الاستمتاع الى حيث شاء مع
الامن لانه لا يجب عليه السكون الا في مكان يختاره هو لا في موضع يختاره مولى الزوجة فاذا عدم
الثاني لم يحصل التمكين الذي هو مناط وجوب النفقة **قال** قدس الله سره ولو كانت
محترفة وامكنها ذلك في يد الزوج ففي وجوب تسليمها اليه نهارا اشكال **اقول** ينشا من
ان تسليمها اليه نهارا لا يمنع حق السيد منها بل يستوفي منافعها بالتمام وفيه جمع بين الحقين ومن ان تسليمها
الى السيد نهارا لاستيفاء حق السيد حيث علق حق السيد بالنهار وحق الزوج بالليل ولم يعتبر النادر كما في
البزازة فانه لا يعمل الا ليلا ولم يقدح في الحكم المتعلق بالاغلب كالسفر الضابط للمشقة ولان
السيد قد يريد الحرفة ويريد ان يستخدمها **قال** قدس الله سره وانما تجب النفقة بالتسليم
ليلا ونهارا فلو سلمها ليلا فالاقرب عدم وجوب نصف النفقة **اقول** هنا مقدمتان آ
المتعلق بالزوجية الدائمة في حقوق الزوجين من حقوق الاموال شيئان المهر والنفقة والاول يجب
في غير المفوضة بالعقد والثاني وهو النفقة لا تجب بالعقد والا لوجب في العقد الواحد عوضان
وهو محال ولسقوطها بالنشوز وانما تجب بالتمكين التام في العقد الدائم ب الاقسام في هذه
المسألة اما ان يجب كل النفقة او لا يجب شيء او يوزع على ما سلمها وعلى ما لم يسلمها وقد انحصرت
اقوال علماء الاسلام في هذه الاقسام اذا عرفت ذلك فنقول رجح المصنف عدم التوزيع
لان عدم التمكين في البعض اما ان يمنع شيئا من النفقة الواجبة او لا فان منع منع الكل وان
لم يمنع شيئا منها وجب الكل قطعا ولا ثالث اجماعا مثاله ان الحرة لا تسقط نفقتها ايام مرضها
ولا حيضها ولا شيء من نفقتها بل يجب الكل لان الشارع سوغ لها المنع فيه ولو استحق على الحرة
خدمة النهار بسبب كاجارة قبل العقد عليها لم يكن عذرا وسقطت النفقة فالنهار المستحق للسيد ان
منع منع الكل كما في الحرة اذ لا فرق بين الحرة والامة في الاستمتاع بالعقد وعلمه واذا لم
يفترقا في الموجب لم يفترقا في الحكم ويحتمل ضعيفا التوزيع كما لو مكنت من نفسها في اول الليل
بعد نشوز النهار فانه لا يسقط نفقة زمان التمكين بزمان عدمه والجواب انما وجبت
بالجميع هنا لانه تمكين تام ليس مقصورا على زمان دون زمان ولا فعل دون فعل بخلاف
صورة النزاع والتحقيق ان الموجب لكل جزء من اجزاء النفقة هو الموجب للكل من حيث هو كل

والموجب للكل هو مجموع التمكين التام من حيث هو مجموع اذ لو منعت من البعض سقط كل
النفقة وكل واحد من اجزاء النفقة وكل شيء يعلم انه بازاء جزء كان منه كانت العلة في
ذلك التي للكل ولم يحصل مجموع التمكين فلا يجب شيء من اجزاء النفقة فوجوب كل النفقة وعدمها
متلازمان اذا تقرر ذلك فنقول لما ابطل المصنف القسم الثالث بقي احد القسمين الآخرين
فيحتمل الاول لان التمكين التام بالتمكين في التسليم الواجب وقد حصل هنا واما ما لا يوجبه
الشرع ولم يجعله مستحقا للزوج فعدم التسليم فيه عذر لا يسقط شيئا من النفقة كايام الحيض والمرض
ويحتمل الثاني لان التمكين التام لم يحصل لانه انما يحصل بالتسليم ليلا ونهارا الا كلا منهما صالح
للاستمتاع شرعا واعلم ان التوزيع جعله المصنف وجماعة من الفقهاء على الزمان المنقسط وهو المشهور
وقيل على الزوج العشا وعلى السيد الغداء ومن الكسوة على الزوج ما يدبرها ليلا ويصلح
للناس الليل وعلى السيد ما تلبسه نهارا قال قدس الله سره ولو قتلها السيد قبل الوطي
ففي سقوط المهر نظر اقربه العدم كما لو قتلها اجنبي او قتلت الحرة نفسها اقول منشاء
النظر انقطاع النكاح قبل الدخول من قبل مستحقه فاسقط المهر كالردة وكالفسخ قبل
الدخول بسبب من المرأة فانه يسقط المهر ولان استحقاق السيد بالمعاوضة على الحكم وقد
اتلف هو عوضه الذي عليه قبل القبض فسقط الاخر كالمعاوضة المالية المحضة ومن انها فرقة
حصلت بالموت فكانت كما لو ماتت حتف انفها والتحقيق ان نقول ان هذه المسألة مبنية
على مسألة في الكلام وهي ان المقتول لو لم يقتل قال بعضهم كان يعيش قطعا وقال بعضهم
يموت قطعا فعلى الثاني لا يسقط كالموت حتف انفه لانه بانتها العمر فلا اشكال انما هو
على الاول والحق انه لا يسقط ثم ذكر المصنف مسئلتين احديهما انه لو قتلها اجنبي
لم يسقط شيء من المهر ولم يضمن الاجنبي لان ضمان ما على النفس يدخل فيها الثانية الحرة
لو قتلت نفسها لم يسقط مهرها لان الاصل البقاء ويخالف الامة بان ملك الحرة المهر لا بالمعاوضة
المالية بخلاف الامة كما تقدم ولان الحرة مسلمة الى الزوج بالعقد ولهذا كان له منعها
من السفر والسفر بها بغير اختيارها والامة لا تصير مسلمة بالعقد فانه للسيد ان يسافر
بها لا الزوج واعلم ان احد الاحتمالين في قتل المولى بالقتل والتحريم وهذه الفوائد ذكرها

لالثبوت

لا لثبوت الاحتمال في سقوطه بقتلها نفسها قال قدس الله سره واذا اعتق شريكان امتين
لها بالحرية واولدها فعليهما ما التقاه مهر وقيمة الولد لمروريهما وفي تعيينهما ما زاد عن مهر المثل
اشكال اقول منشؤه من انه التزم بالزيادة باختياره وفعل لا بسبب الشهادة ومن انها
غرامة وانما امهرها ذلك لحريتها عنده والاصح عندي انهما لا يضمنان الزيادة لان الضمان انما يتحقق
بسبب الاتلاف والشهادة ليست له بل هو مستقل بسبب بالامهار باختياره وفعله قال
قدس الله سره ولا يشترط في التحليل تعيين المدة على رأي اقول هذا ظاهر قول ابن ادريس
وهو الاصح واختاره والدي المصنف في اكثر كتبه فانه اطلق القول بجواز اباحة الرجل جاريته
لغيره بلفظ الاباحة والتحليل ولم يتعرض لذكر المدة وشرط الشيخ في المبسوط تعيين المدة
فانه قال فيه واما تحليل الرجل جاريته لغيره من غير عقد مدة فهو جائز عند اكثر اصحابنا
ومنهم من منع منه والاول اظهر في الروايات ومن اجازه اختلفوا فمنهم من قال هو عقد والتحليل
عبارة عنه ومنهم من قال هو تمليك منفعة مع بقاء الاصل ويجري ذلك مجرى اسكان الدار
واعارها ولاجل ذلك احتاج ان تكون المدة معلومة هذا آخر كلامه رحمه الله وقال في النهاية
ويحل له منها مقدار ما يحلله مالكها ان يوما فيوما وان شهرا فشهرا على حسب ما يريد ويسمى
ان يراعي لفظ التحليل فيما ذكرنا وهو ان يقول الرجل المالك للامة لمن يحللها له جعلتك
في حل من وطي هذه الجارية او احللت لك وطيها قال قدس الله سره ويجب على البائع
ايضا استبراء ولم يكتف عن استبراء المشتري ويصدقه المشتري مع عدالته على رأي اقول
هذا قول الشيخ في النهاية خلافا لابن ادريس فانه اوجب على المشتري الاستبراء قال
ولا يسقط باستبراء البائع وان علم به وقد تقدم قال قدس الله سره واذا اطلق المجعول
عتقها مهرا قبل الدخول رجع نصفها رقا للمولى ويستسعى فيه وان ابت كان لها يوم وله يوم
في الخدمة ويجوز شراؤها من سهم الرقاب والاقرب نفوذ العتق والرجوع بنصف القيمة
وقت العقد كما لو اعتقت المهر قبل الدخول اقول الاول قول الشيخ وابن حمزة والثاني
اختاره والدي المصنف وابي جعفر بن بابويه في المقنع وابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس
وهو الحق عندي لان العتق علة الملك والمعلول لا يعود ولا سبب لتجدد الرق ويرد

ما رواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال قلت له رجل اعتق مملوكته وجعل
عتقها صداقها ثم طلقها قال مضى عتقها وترد على السيد نصف قيمتها تستسعى فيه ولا عدة عليها
احتج الشيخ بما رواه يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام في رجل اعتق امة له وجعل
عتقها صداقها ثم طلقها قبل ان يدخل بها قال يستسعيها في نصف قيمتها فان ابت كان لها
يوم وله يوم في الخدمة الحديث والجواب ضعف السند قال قدس الله سره
ولو علق المولى عتق جاريته بموت زوجها قيل بطل وقيل يصح فتعتد عدة الحرة ولا ميراث
والاقرب ثبوته مع تعدد الورثة اقول اذا علق المولى عتق جاريته بموت زوجها قال
الشيخ صح وتبعه ابن البراج في المهذب واختار ابن ادريس البطلان احتج الشيخ بما رواه
محمد بن حكيم قال سألت ابا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام عن رجل زوج امته من رجل
آخر وقال لها اذا مات الزوج فهي حرة فمات الزوج فقال عليه السلام اذا مات
الزوج فهي حرة تعتد عدة المتوفى عنها زوجها ولا ميراث لها منه لانها انما صارت حرة
بعد موت الزوج واحتج ابن ادريس بانه ليس بتدبير لانه تعليق عتق المملوك بموت
سيده دون موت غيره لانه بغير خلاف عندنا انه بمنزلة الوصية والا لما كان يصح ذلك
ايضا لولا الاجماع المنعقد عليه هذا آخر كلامه وهنا مسئلتان آ عدتها عدة الحرة
وهذه متفرعة على حريتها عندنا حيث قلنا ان عدة الامة بوفاة زوجها الحر ليست عدة
الحرة واما عند القائلين بان عدة الامة بوفاة زوجها الحر عدة الحرة فليست
متفرعة عليها وسياتي ولهذه الفائدة اشار بالفاء في قوله فتعتد ب هل ترث
من زوجها ام لا قال الشيخ في النهاية لا ترث للرواية التي احتج بها والحق انها ترث
مع تعدد الورثة وعلى عدم صحة العتق لا ترث قطعا وهذه متفرعة على حريته و
عدمها وسياتي تحقيقه قال قدس الله سره ولو ملك المكاتب زوجة سيده ففي
الانفساخ نظر اقول منشأه من ان الكتابة هل تقتضي استقلال المكاتب بالملك ويستقر
نفسه او تسلط على التصرف فيه بالاداء والاكتساب والانفاق لا غير ومكون الملك للمالك
يحتمل الاول لانه يصح معاملته مع مولاه بالبيع والشراء وساير المعاوضات ويضمن له المولى

ولانه

ولانه لولاه لكانت الكتابة معاوضة على ماله بماله ولان المكاتب ملك فلا يملك مولاه
ما ملكه والا لكان المال الواحد بالشخص مملوكا لكل واحد من الاثنين وهو محال لاستحالة
اجتماع ملكي مالكين في موضوع واحد في زمان واحد ويحتمل الثاني لان المكاتب قبل
الاداء مملوك والا لكانت الكتابة انعتاقا عتقا في الحال وهو محال وكل مملوك لا يملك
للاجماع على عموم قوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وفي تملكه الكبرى
منع فعلى الاول لا ينفسخ وعلى الثاني ينفسخ **الباب الثاني** في توابع النكاح
وفيه مقاصد **الاول** في العيب والتدليس وفيه فصول **الاول** في اصناف العيوب
قال قدس الله سره وفي الفسخ بالمتجدد اشكال **اقول** اي الجب المتجدد موجب
للخيار وهو ما لم يبق من الذكر ما يمكن الجماع به بعد العقد والوطي هل يفسخ به المرأة ام لا
اختلف قول الاصحاب فيه فقال الشيخ في موضع من المبسوط لها الخيار وادعى عليه الاجماع
وتبعه ابن البراج لفوات الاستمتاع وليس بيده طلاق ولا اختيار فيلزم الحرج وهو منفي
بالاية وقال في موضع آخر من المبسوط وفي الخلاف لا خيار لها لاصالة بقاء صحة العقد واختاره
ابن ادريس والارجح عندي ثبوت الخيار لها لليأس من الوطي بعده قال قدس الله سره فان
انساه وصدر منها فالاقرب عدم الفسخ **اقول** اذا صدر منها جب الرجل اختيارا فالاقرب
انه لا فسخ لها لانها ارادته ورضيت به والرضا بالعيب يسقط الخيار ولانها اعدمت نفسها
هذه المنفعة وادخلت عليها الضرر ويحتمل الفسخ لحصول الجب **قال** قدس الله سره واما
الخصا فهو سل الانثيين وفي معناه الوجاء ويفسخ به المرأة مع سبقه على العقد وفي المتجدد
بعده قول **اقول** للشيخ قول بانه يفسخ بالمتجدد بعد العقد وهو قول ابن البراج لان
به انقطاع النسل وفيه ضرر عظيم ووجه العدم اصالة بقاء اللزوم **قال** قدس الله سره
ولو وطئ خصي فان امكن الوطي فلا خيار على راي والاقرب **اقول** القولان في ثبوت
الخيار وعدمه للشيخ في موضعين من المبسوط ونفى في الخلاف الخيار وهو الوجه عندي
لانه زيادة آلة كالاصبع الزائدة **قال** قدس الله سره واما العنن فقيل انه عطف
ينشأ في الرحم يمنع الوطي وقيل انه لحم ينبت في الرحم يسمى العفل فان منع الوطي اوجب الفسخ والا فلا

أقول الغالب في عبارة الفقهاء فتح الراء وفي لسان أهل اللغة سكونها إذا عرفت ذلك
فقول للقول الأول للشيخ في المبسوط والثاني حكاه في المبسوط قولاً لبعضهم وأقول إنه
إن اعتبر الوضع اللفظي فهو مسلم من علم اللغة وإن اعتبرت الحقيقة فهي مسلمة من علم التشريح و
الفقيه يسلمها ويبحث عن القدر المشترك وهو كل مانع يمنع الوطء يثبت به خيار الفسخ لفوات غاية
النكاح وإلا فلا ويبحث عن وجه التغاير من حيث إنه لو رضي بأحدهما دون الآخر قال قدس الله
سره وأما العمى فالأظهر في المذهب أنه موجب للخيار أقول وجه إيجابه للخيار إذا كان
في المرأة مع جهل الزوج به ما رواه داود بن سرحان في الصحيح عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج
المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء قال ترد على وليها ويكون لها المهر على وليها الحديث وروى
ابن بابويه في كتاب من لا يحضره الفقيه عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال ترد العمياء
والبرصاء والجذماء والعرجاء وهذا اختيار الشيخ في النهاية والمفيد والسيد المرتضى وابن الجنيد
وابن البراج وأبي الصلاح وسلار وابن حمزة وابن إدريس وهو الأصح عندي ولم يجعله الصدوق
في المقنع من العيوب الموجبة للخيار احتج المانعون من الخيار بما رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق
عليه السلام قال إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل ولفظة إنما للحصر
والجواب دلالتها بالمفهوم قد تعارض الأولى الدالة بالمنطوق قال قدس الله سره و
أما العرج فالأقرب تسلط الزوج به على الفسخ إن بلغ الإقعاد وإلا فلا أقول أطلق الأصح أصحاب
العرج خيار الفسخ للرجل لروايتي داود بن سرحان ومحمد بن مسلم المتقدمتين واختاره الشيخ في النهاية
وابن الجنيد وسلار وأبو الصلاح وابن البراج في الكامل وابن حمزة ولم يفت به الصدوق في المقنع
وإنما جعله رواية ولم يذكره الشيخ في المبسوط في عيوب المرأة واحتج المانع برواية الحلبي المتقدمة
ووالدي المصنف فصل هنا فقال إن بلغ حد الإقعاد كان موجباً لخيار الفسخ وهو الأصح عندي واختاره
شيخنا نجم الدين بن سعيد لقول الصادق عليه السلام في رواية داود بن سرحان في الصحيح وإن كان
بها زمانة لا يراها الرجال أجيزت شهادة النساء عليها الحديث وإن لم يبلغ حد الإقعاد لم يوجب الفسخ
لرواية الحلبي قال قدس الله سره وقيل المحدودة في الزنا ترد وقيل بل يرجع على وليها العالم
بحالها بالمهر ولا فسخ أقول الأول اختيار المفيد وسلار وأبي الصلاح وابن الجنيد وقطب الدين الكيدري

والثاني

والثاني اختيار الشيخ في النهاية وابن إدريس واختاره والدي المصنف في المختلف عدم
الرد به وهو الأصح عندي وأورد الرجوع بالمهر وعدم الخيار إثبات أحد المتلازمين مع نفي
الآخر مع اتحاد العلة وهي التدليس ساقط احتج المفيد بما رواه عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن
الصادق عليه السلام قال سألته عن الرجل يتزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها أنها قد كانت زنت
قال إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها وإن شاء تركها
الحديث واحتج برواية الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال إنما يرد النكاح من
البرص والجذام والجنون والعفل وإنما للحصر وعن رفاعة بن موسى عن الصادق عليه السلام قال
سألته عن المحدود والمحدودة هل يرد من النكاح قال لا الباب الثاني
في أحكام العيوب قال قدس الله سره ولا يفسخ الرجل بالمتجدد بالمرأة بعد الوطء وفي المتخلل
بينه وبين العقد إشكال أقربه التمسك بمقتضى العقد أقول منشؤه اختلاف الأصحاب
فأثبت الشيخ في المبسوط والخلاف الخيار مطلقاً وخصه ابن البراج بالجنون الذي لا يعقل معه
صاحبه ونفاه ابن إدريس وابن حمزة مطلقاً وهو اختيار شيخنا والدي المصنف وهو الأصح عندي
واحتج الشيخ بعموم الأخبار وشيخنا بلزوم العقد في الابتداء وأصل البقاء قال قدس الله سره
ولا يثبت العنن إلا بإقراره أو البينة على إقراره أو نكوله إما مع يمين المرأة أو مطلقاً على خلاف
أقول الخلاف في القضاء بمجرد النكول أو مع يمين المدعي وسيأتي في باب القضاء قال
قدس الله سره ولو ادعت العنن من دون الثلاثة حلف وقيل إن تقلص في الماء البارد فصحيح
وإن استرخى فعنين أقول قوله وقيل إشارة إلى قول ابني بابويه وابن حمزة وأنكره ابن
إدريس والأصح اختيار المصنف وابن إدريس قال قدس الله سره ولو ادعى الوطء قبلاً
أو دبراً أو وطء غيرها بعد ثبوت العنة صدق مع اليمين وقيل في دعوى القبل إن كانت بكراً صدق
مع شهادة النساء ببكارتها وإلا حشي قبلها خلوقاً وأمر بوطئها فيصدق مع ظهوره على العضو
أقول ما اختاره المصنف هنا هو اختيار ابن أبي عقيل والشيخ في النهاية لكنه قال وقد
روي أنها تؤمر بأن تحشو قبلها خلوقاً إلى آخره وكذا قال ابن البراج والصدوق في المقنع
وابن إدريس وقال علي بن بابويه عليه اليمين وعليها البينة لأنها مدعية وقوله وقيل إشارة إلى قول

الشيخ في الخلاف فانه اقوى به وتبعه الكيدري واختاره المصنف لما رواه ابو حمزة في الصحيح عن
ابي جعفر عليه السلام قال القول في ذلك قول الزوج وعليه ان يحلف بالله لقد جامعها لانها
المدعية الحدث احتج الشيخ في الخلاف بما رواه عبد الله بن الفضل الهاشمي عن بعض مشيخته قال
قالت امراة لابي عبد الله عليه السلام او سأله رجل عن رجل تدعي عليه امراته انه عنين وينكر
الرجل قال تحشوها القابلة بالخلوق ولا يعلم الرجل ويدخل عليها الرجل فان خرج على ذكره
الخلوق صدق وكذبت وان لم يخرج صدقت وكذب والجواب انها ضعيفة مرسلة قال
قدس الله سره ولو كان بكل منهما عيب ثبت لكل منهما الخيار وفي الرتق المتبع الا انه مع الجب
اشكال اقول ينشأ من ان كل واحد سبب في الخيار ولم يثبت منع احدهما الاخر ومن حيث ان
الفسخ لا يسقط وصول فاعله الى غايته المقصودة من الفسخ فلا فائدة فيه فانه لو كان الاخر صحيحا
لامتنع الوطي من جهة صاحبه والاصح عندي الاول قال قدس الله سره ولو سوغنا الفسخ
بالمتجدد بين العقد والوطي فرضي بعيب سابق ثم اتسع في ذلك العضو فالاقرب ثبوت الخيار ولو
حصل في عضو اخر ثبت الخيار قطعا اقول وجه القرب ان الزائد لم يكن موجودا ثم حدث ولم
يرض به ولا شك انه لو انفرد لاوجب مثله الفسخ بل يؤكده وانما رضي بالسابق ومن حيث انه
عيب واحد ذو محل واحد بخلاف البرص في العوض لاختلاف محلها قال قدس الله سره
وهل يثبت للاولياء الخيار الوجه ذلك مع مصلحة المولى عليه زوجا كان او زوجة اقول
الكلام هنا في مسئلتين آ هل للاولياء الخيار في العيب المتقدم على العقد ام لا الاقرب ذلك
مع مصلحة المولى عليه لان الاولياء تعمل كل المصالح غير الطلاق لان النص اخرجه ويحتمل
عدمه لان النكاح يتعلق بالشهوة وهي مختصة بالزوجين والاصح الاول ب في العيب
الحادث بعد العقد الوجه ذلك ايضا لما تقدم ويحتمل عدمه لان حقهم في الكفاءة انما يراعى
في ابتداء العقد لا استدامته لان المراة الكبيرة لو رغبت في نكاح عبد كان للاولياء منعه
ان قلنا ان عليها ولاية ولو عتقت امة تحت عبد ورضيت بالمقام معه لم يكن
للاولياء الفسخ الفصل الثالث في التدليس قال قدس الله سره ويتحقق
باخبار الزوجة او وليها او ولي الزوج او السفير بينهما على اشكال بالصحة او الكمال اقول

الاخرى لا يتعلق له بالنكاح فالتفريط من قبله ولان اختياره لا يسمى تدليسا ومن حيث انه عوض
والاصح الاول قال قدس الله سره وهل يتحقق لو زوجت نفسها او زوجها مطلقا اشكال
اقول كل تقرير مقرون بالعقد على سبيل الاشتراط فهو موجب وكذا ما عداه عيبا وان
لم يشرط الحرية اذا زوجها على انها حرة فهنا مسئلتان آ لو زوجت نفسها مطلقا من غير شرط
الحرية ب لو زوجها وليها مطلقا من غير شرط ومنشأ الاشكال فيهما ان العبودية نقص
الاستمتاع وهو المقصود بالنكاح لان لزوجها الليل خاصة بناء على ان الاصل الحرية ومن حيث
ان العبودية ليست عيبا ولم يشرطها قال قدس الله سره ولو شرط الحرية فظهرت امة
انفسخ وان دخل فان فسخ قبل الدخول فلا شيء وبعده المسمى للمولى وقيل العشر او نصف العشر اقول
قوله وقيل اشارة الى قول ابن الجنيد ومحمد بن بابويه وابن حمزة وقد تقدم الكلام فيه قال قدس الله
سره ولو كان مولاها المتولي وان كان بعد الدخول فالاقرب وجوب اقل ما يمكن ان يكون مهرا
للمولى اقول اذا دلس الامة مولاها بالحرية فان تلفظ بما يقتضي الاقرار بالحرية وهو اهل
لذلك حكم بحريتها فالمهر لها لو كانت اذنت او اجازت على القول به وان لم يحصل ذلك فان
فسخ قبل الدخول فلا مهر وان كان الفسخ بعد الدخول اختار شيخنا انه يجب عليه اقل ما يمكن
ان يكون مهرا لانه وطء عن زنا ولا بمجرد اباحة وكل وطء كذلك يجب له عوض لاستحالة هبة
البضع وهذا هو اختيار الشيخ في المبسوط وقيل لا شيء عليه والاصح الاول قال قدس الله سره
ولو كان قد دفع المهر اليها ولم يحتمل تضمين السيد لغروره وضعف المباشر والرجوع في كسبها والتبعية
بعد العتق اقول اذا كان مدلس الامة بالحرية مولاها فزوجها على انها حرة وكان قد دفع
المهر اليها بناء على الحرية وفسخ النكاح فله الرجوع اما بكل المهر او بما زاد على اقل ما يسمى
مهرا وفي الرجوع عليه احتمالات ثلاثة آ المولى لانه غار وكل غار ضامن كمن قدم لغيره
طعاما لملك الغير فان المباشر يضعف بالغرور ويقتصر السبب اقوى منها ب يجب
الرجوع في كسبها اي يلزم المولى الاكتساب للاداء جمعا بين ضمان الغار حيث الكسب للمولى وبين
ضمان المباشر باشر الاتلاف من غير استحالة فانه في صورة التحرير لا احتمال ج
ان يضمن المباشر خاصة ولا يمكن حال العبودية لانها لا تملك وكسبها للغير ولا يضمن الانسان في مال

غيره ويتحمل تكليف ما لا يطاق متبع به التوكل على كل عبد ضعيف لا يرجو سوى مولاه. قال قدس الله سره ولو تزوجها على انها بنت مهيرة فخرجت بنت امة قيل كان له الفسخ والوجه ذلك مع الشرط لا مع الاطلاق اقول قوله قيل اشارة الى قول الشيخ في النهاية وابن البراج وابن ادريس وقطب الدين الكيدري واختار والدي المصنف رحمه الله هو الصحيح اما مع الشرط فظاهر كما مر واما مع عدمه فلا صالة صحة العقد ولا عيب ولا شرط ومنع سببيه ما ذكره وهو مظنة كونها بنت مهيرة للخيار احتج الشيخ برواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال سألته عن رجل خطب الى رجل بنتا له من مهيرة فلما كانت ليلة دخولها على زوجها ادخل عليه بنتا له اخرى من امة قال ترد على ابيها وترد عليه امراته الحديث والجواب انه غير صورة النزاع لانها يدل على انه تزوج بنت المهيرة فادخل بنت الامة قال قدس الله سره ولو خرجت بنت معتقة فاشكال اقول منشأه من انها بنت حرة فلا نقص ومن انها امة في الاصل وهو نقص والتحقيق ان هذا الاشكال يرجع الى ان المعتقة هل تسمى مهيرة حقيقة اولا الاحق الاول قال الجوهري المهيرة الحرة فقد حصل الشرط لانه لم يعد احرة نقوله في الاصل بل اطلق فلا خيار قال قدس الله سره ولو شرط البكارة فان ثبت سبق الثيوبة فالاقرب ان له الفسخ ويدفع المهر ويرجع به على من دلسها فان كانت هي رجع الا باقل ما يمكن ان يكون مهرا وان لم يثبت فلا فسخ لاحتمال تجدده بسبب خفي وقيل له نقص شيء من مهرها وهو ما بين البكر والثيب اقول هنا مسئلتان ا في ثبوت خيار الفسخ نص ابو الصلاح على نفيه وهو مشهور بين الاصحاب وقال المصنف ونعم ما قال ان ثبت شرعا ببينة او تصديقها كان له الفسخ لفوات الشرط والا فلا لان كلما شرط من الاسباب والقول من صفات الكمال ثبت بعدمه خيار الشرط التدليس والغرور وكان له الفسخ لانه معنى صحة الشرط والا كان باطلا او بعدمه لا يبطل العقد لا يثبت خيار الفسخ وكان وجوده وعدمه سواء وهذا معنى البطلان وعلل بعض القدماء بانها غير المعقود عليها وهو غلط لاستلزامه تحريمها او المصادرة على المطلوب اذ النكاح لا يقع الا على معين بالشخص فلا مخايرة التي استدل بها ان كانت الشخص اقتضى تحريمها لانه لم يقع عليها العقد وان عين المخاير بصفة فكانه قال لا يصح لانه لم يكن على الصفة التي ذكرتم وهو نفس

الدعوى

٢٩٨

الدعوى ب في نقصان شيء من مهرها اختلف الاصحاب فيه على قولين آ انه لا ينقص شيء وهو اختيار ابن البراج لثبوته بالعقد والاصل البقاء ب انه ينقص من مهرها شيء واختلفوا فيه على اقوال ثلاثة آ انه ينقص شيء مطلقا ولم يعين قدره وهو قول الشيخ في النهاية وابن البراج تعويلا على رواية محمد بن جزك قال كتبت الى ابي الحسن عليه السلام اسأله عن رجل تزوج جارية بكرا فوجدها ثيبا هل يجب لها الصداق وافيا ام ينقص قال ينقص تم الحديث ولا بد من اضمار شيء لصدقه على كل ما يمكن اضماره ب قول الراوندي انه ينقص السدس لان الشيء في عرف الشرع السدس وفيه نظر لان اللازم اضمار المنكر الكلي الصادق على القليل والكثير بالاشتراك المعنوي فلا يصح هذه الرواية للدلالة عليه لان الاعم لا يدل على الاخص وصرف الشيء في الوصية الى السدس لا يطرد لعدم لزومه في الاقرار والامر ويبطل ايضا قوله تع ولا يأخذوا مما اتيتموهن شيئا وليس المراد السدس ج انه ينقص ما بين مهرها بكرا وثيبا وهو اختيار ابن ادريس واورد عليه استغرق محلل النكاح من مهر واجاب عنه والدي في درسه بان المراد ان هذا هو مهر البكر فما ذا ينقص منه بسبب عدمها في نظر العقلاء او نسبة نقص مهر مثلها الثيب عن مهر مثلها البكر والاول هو الارجح في التفسير لا قيمة المثل يعتبر في المعاوضة المحضة والنكاح ليس منه واستحسن نجم الدين ابن سعيد احالة تقدير ذلك الشيء الى نظر الحاكم فان اللفظ المجمل اذا عري عن تفسير شرعي او لغوي رجع فيه الى نظر الحاكم قال قدس الله سره ولو اشتبه على كل منهما زوجته بالاخرى قبل الدخول منع منه والزم الطلاق ولا يحتسب من الطلقات الثلاث ويلزم نصف المهر ويقسم بينهما بالسوية ان تداعتاه او يقرع فيه او يوقف حتى يصطلحا ويحرم على كل منهما ام كل واحدة منهما ويحرم على كل منهما اب الزوج وابنه والميراث كالمهر ويحتمل القرعة ابتداء اقول الاشتباه بالمحرمة محرم اجماعا لوجوب الاجتناب ووجوب ما لا يتم الواجب الا به لكنه لا يقتضي رفع النكاح بل يقتضي تحريم جميع انواع الاستمتاع والنظر وباجمله جميع ما اباحه النكاح للرجل من المراة ويقتضي تحريم المصاهرة من الزوجة الى الاجنبية فيحرم كل واحدة منهما واختها وبالجملة جميع ما يحرم لتحريمه ان كان جمعا او عينا فكذلك وكذا تحرم كل منهما على اب كل منهما

وعلى انه للعلة المذكورة ويتفرع على ذلك مسائل آ الزام كل منهما بالطلاق بفسخ وجوب
الطلاق على كل واحد منهما لان الواجب في كل نكاح احد الامرين اما امساك بمعروف او تسريح
باحسان لقوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان ولا يجوز اخلاء زمان ما منهما
لثبوت العلة وايضا الفاء للتعقيب بلا فصل والاول متعذر هنا فتعين الثاني وهو عبارة
عن الطلاق فيجب الطلاق وهو معنى الالزام فان حمله على الواجب لا يقتضي بطلانه ح
والطلاق بان يقول زوجتي طالق او يطلق كل واحد منهما فيقع الطلاق على الزوجة ويبطل
في الاجنبية ومعنى قوله ولا يحتسب في الثلاث اي باعتبار كل واحدة بعينها اي ايتهما تزوج منهما
لم يحتسب في الثلاث بالنسبة اليها لعدم العلم بوقوعها عليها ولو جاز له جمعهما وتزوج بهما ثم طلق
كل واحد منهما انس فقط وقع على واحدة منهما ثلاث واشتبه فيحرمان الا بالمحلل لو اشتبهت
المطلقة ثلثا بالمطلقة اثنين ب يلزم نصف المهر لانه طلاق قبل الدخول فان تساوى
المهران جنسا وقدرا فالواجب على كل واحد نصف ذلك القدر ولو كان مختلفا جنسا
او قدرا او هما معا فاما ان يعلم كل واحد من الزوجين الذي عليه لكن جهل لمن هو منهما
فيؤدي كل واحد منهما نصف ما عليه ثم يقول اما ان يقسم دعواهما الجنس فلا نزاع منهما
بل يعطي كل واحدة مدعاها بحيث لا ينازعها الاخرى فيه وان تصادمت دعوياهما في
جنس واحد فذلك الجنس حكمه يأتي في باب تصادم الدعاوى وخلاصته انما
ان يقتسمانه او يقترع بينهما او يوقف حتى يصطلحا على ما يأتي ومتى تصادم الدعويان في
جنس فقد انصرفا عن الآخر فيوقف عندنا عاكم كساير الاملاك المشتبهة الملاك والاصل فيه
ان المقر له اذا نفى المال كان له العود اليه ومتى ادعته احديهما دفعت ما اخذ به من الاولى
الى الاخرى ولهما ادعياه اقتسماه ولم يرد احديهما الى الاخرى شيئا ومنه يظهر حكم ما اذا اختلفا جنسا
وقدرا ولو قالت كل واحدة لا اعلم الذي في قسم كل نصف منهما نصفين او يقرع بينهما
او يوقف الحال في كل نصف حتى يصطلحا ولو اتفق الجنس واختلف القدر قسم الاقل
منهما وبقي النزاع في الزائد فيقسم او يقرع او يصطلحان ولو لم يعلم كل واحد ما عليه فان
اتفق الجنس واختلف القدر دفعا النصف من الاقل كل نصفه وبقي الزائد ان تبرع احدهما به فلا كلام

ولا بقي

ولا بقي حتى معلوم الموت مجهول المحل والمتقي وهو محصور بين اثنين لا غير ج الكلام في
الميراث كالمهر اي ان مات احد الزوجين او الزوجين او فريق واحد او الفريقان فالكلام
في الميراث كما قررنا في المهر تساوى فيهما او اختلف على ما تقرر قوله ويحتمل القرعة اي ويحتمل
القرعة ابتداء عند الاشتباه فكل من تعينت له واحدة تعينها بالقرعة ثبت له ولها احكام الزوجية
وتوابعها لانه امر مشكل وكل امر مشكل يفيده القرعة قال قدس الله سره ب كل
شرط تشرط في العقد يثبت لها الخيار مع فقده سواء كان دون ما يصف او اعلى على اشكال نعم
لو تزوجها متعة او دوا اما على راي تشرط انها كتابية فظهرت مسلمة فلا اختيار اقول الاشكال
في الاعلى ومنشؤه ان الاسباب بوضع الشارع ووضع الشارع المقتضي للخيار وهذا كمال فلا يصح
شرط نقيضه ومن انه شرط لم يخالف الكتاب ولا السنة ولا مقتضى العقد واستثنى من ذلك انه
لو شرط كونها كتابية في نكاح الكتابية ووقع اتفاق المحكم على علم يحتمل وجوبه بوجه ما
والوجه عندي عدم الخيار في هذه المواضع كلها وبطلان هذه الشروط لبطل النكاح عن
قبول الخيار وانما يصح شرط النسب والحرية والبكارة وما يؤثر في الكفاءة للنقل قال
قدس الله سره ج لو تزوج العبد على انها حرة فظهرت امة فكالحرة وان فسخ قبل الدخول
فلا شيء وبعده المسمى على سيده او في كسبه ويرجع به على المدلس ويكون للمولى ولو اعتق قبل الفسخ
فالاقرب انه يكون قد تحمل الوجوب او الاداء فالاول كالاب اذا زوج ابنه الصغير المعسر
والثاني كما لو تبرع انسان باداء ثمن ما اشتراه غيره في الذمة عنه والاول لا بد من دخوله في ملكه
لاستحالة ان يملك الانسان شيئا وعوضه ابتداء على غيره فعلى هذا لو طلق الابن بعد بلوغه قبل
الدخول رجع النصف من المهر الى ملك الابن وهنا لما استقر على السيد في كسب العبد وملك
العبد المعوض عنه ظهر ملك العبد للعوض اولا ثم ينتقل عنه في مقابله ملك المعوض قال
الشيخ بعد عتقه يرجع العوض الى العبد المعتق لانه ملكه اولا وملك العبد هنا كملك المكاتب
ولا استبعاد فيه وعلى قول من يملكه ملكه ملكه تام ولانه خرج عن ملك المولى في العقد والفسخ
موجب لابتداء ملك من رد المعوض عنه الذي كان ملكه من حين الفسخ وهو العبد بعد عتقه
او بقول العقد سبب لملك الزوج وقد زال المانع فيرتب اثر السبب عليه ويحتمل ان يعود الى المولى

لا يجوز ان يكون نكاح الكتابية مطلقا ... فلا الخيار ... لا جواز نكاح ...

اقول ... للمولى لان الرجوع ... عوضا عما ملكه ... عن ما ...

لان سبب استقالة عند العقد وهو غير لازم ومعنى عدم لزومه جواز زوال اثره الذي
اثره اولا فلم ينتقل عن المولى الى استقلالا لازما فيعود اليه ولان العبد لم يملك لانه لا يصلح للملك
فيعود بالفسخ العوض الى مالكه اولا وهو المولى ولا يتم الا منع استحالة ان يملك الانسان
معوضا وعوضه على غيره ابتداء وهذا المنع مكابرة فهذا الاحتمال ضعيف في الغاية قال
قدس الله سره لو غرته المكاتبة فان اختار الامساك فلها المهر وان اختار الفسخ فلا مهر قبل
الدخول وبعده ان كان قبل فيه فعل رجع بجميعه او بما الا اقل ما يمكن ان يكون مهرا وان لم يدفع
فلا شيء او يجب الاقل اقول هنا ان المختار فيهما اختلاف المذكور في العيوب اي المرجوع
به الكل لان الغرور يوجب لضمان ما غرم به الغار كالاجنبي او الزائد على اقل ما يكون
مهرا اذا فسخ بعد الدخول لامتناع خلو الوطي غير المحرم بغير ملك اليمين عن مهر قال
قدس الله سره ولو اتت بولد فهو حر لانه دخل على ذلك وتغرم قيمته وسبق في الاستحقاق
ارش الجناية على ولد المكاتبة اقول كل ولد حر لا عن وطي عالم بتحريمه لامة لم يستبح ملكه
حر على الاصح وعند ابن ادريس وشرط علم اشتراط رقيته في عقد عند اخرين فولد
الحر المغرور بحرية امه قبل ظهور الحال حر لظنه الحرية كما لو وطي امة الغير على ظن انها امته
او زوجته الحرة ولا فرق بين ان يجيز العقد او يفسخ وتغرم القيمة ويرجع به على الغار قولا
واحدا لانه لم يدخل في العقد على انه يضمنها وفرق بينها وبين المهر لان المهر عوض البضع الذي
اتلفه هو مباشرة وقد دخل على انه يضمنه ومن ثم اختلف في المهر والمستحق للقيمة التي يغرمها
هو المولى في الامة القن اما في المكاتبة واستحقاق قيمة الولد تابع لاستحقاق ارش الجناية على
ولد المكاتبة كما اذا قتله جان او جرحه فان قلنا ان القيمة او الارش للسيد فقيمة الولد هنا
للمكاتبة وان قلنا قيمتها هنا لها لان القيمة ساوي في الجناية عوض الولد وكانت المستحقة
ولانها قيمة الولد قدر [illegible] الرق وفوت ملكه على مستحقه لو [illegible] والجناية هنا
فعلها لكن لا مع تلف العين فاشبه كالجناية وهو المفروض على المستحق و
المتحقق في مستحقها يأتي في موضعه وسيفرع على هذا ما اذا كانت هي المدلسة فان قلنا
ان القيمة لها فلا شيء لها والا رجعت كما لو اتلفها المال قال قدس الله سره ولو ضربها اجنبي

فالقنه

والقنه لزمه دية جنين حر لابيه فان كان هو الضارب فالارث اليه دونه والا فللامام وعلى
المغرور للسيد عشر قيمة امه ان قلنا ان الارش له اقول البحث الذي تقدم
عن غرامة قيمة الولد على تقدير ان ينفصل الجنين حيا فاما اذا انفصل ميتا فاما بغير جناية
او بجناية فان كان الاول لم يلزمه شيء فانه لا قيمة للميت ولم يعلم حياته حال الجناية لكن لو نقصت
ضمن الارش وان كان بجناية جان وله صور ذكرنا منها صورتين آ ان تصدر الجناية
من اجنبي فعليه دية جنين حر وسيأتي بيانها لانعقاده حرا واذا انفصل مضمونا ضمنه المغرور
لانه تفويت يضمن عليه كما اذا قتل العبد الجاني تعلقت الجناية بقيمته ولو مات لم يكن
على السيد شيء فعلى المغرور عشر قيمة الام لانه ضمان رقه والرق تقدر بهذا القدر وقيل باقل
الامرين من الدية والعشر لانه انما غرم المثل لتقومه بالجناية ولا يزيد عليها وهذا بناء على
جواز زيادة دية جنين الامة على دية جنين الحرة او وجوب الغرم ب ان تصدر الجناية
من المغرور نفسه فعليه دية جنين حر لا يرث الجاني منه فان لم يكن فللامام لانه لا يغرم لنفسه
كما لو قتل ابنه عمدا وعليه عشر القيمة وفيه ما مر فان كانت الامة قنا كان العشر للسيد وان
كانت مكاتبة فان قلنا ان ارش جناية ولد المكاتبة للسيد كان العشر هنا له
وان قلنا انه لامه يكون للامة واهمله المصنف هنا لانه قال فيما سبق في الاستحقاق
ارش الجناية على ولد المكاتبة قال قدس الله سره و لو انتسب الى قبيلة فبان
من غيرهم اعلى او ادون فلا فرق انه لا فسخ وكذا المرأة نعم لو شرط احدهما على الاخر نسبا
فظهر من غيره كان له الفسخ بمخالفة الشرط اقول الكلام في موضعين الاول فيما اذا لم يشترط
في نفس العقد لكن ذكر الانتساب قبله وفيه اقوال آ قول الشيخ في النهاية انه يبطل التزويج و
اختاره ابن الجنيد وابن البراج جعله رواية ب نفي البطلان واختار الخيار اختاره ابن ادريس
ج لعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وهو اختيار والدي المصنف وهو رأيي عندي
ان للاخر خيار الفسخ حكاه الشيخ في المبسوط د ثبوت الخيار ان بان ادنى لا اعلى وهو
اختيار والدي المصنف ومستند الشيخ ما رواه الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام
قال في رجل يتزوج فيقول انا من بني فلان فلا يكون كذلك قال يفسخ النكاح

اوقال يرد الموضع الثاني اذا شرط في نفس العقد ثبت لها الخيار قولا واحدا
المقصد الثاني في المهر وفيه فصلان الاول في الصحيح قاعدة المهر
مال يجب بوطئ غير زنا منها ولا ملك يمين او بعقد النكاح وله تسعة اسماء : الصداق :
والصدقة : والمهر : والنحلة : والفريضة : والاجر : والعلائق : والعقر :
والحبا قال قدس الله سره او اجارة الزوج نفسه مدة معينة على راي اقول
اختلف اصحابنا في جواز جعل اجارة الزوج نفسه مدة معينة بحيث يكون متعلقه بعينه
بمعنى انه لا يقبل النيابة مهرا فمنع الشيخ في النهاية وابن البراج في الكامل وجوزه المفيد
وابن الجنيد وسلار وابن ادريس والذي اختاره المصنف وهو الاقوى عملا بما رواه محمد بن مسلم في
الصحيح عن الباقر عليه السلام قال جاءت امراة الى النبي صلى الله عليه وآله الى قوله
فقال زوجتكها على ما تحسن من القران فعلمها اياه احتج المانع بانه يستلزم امكان خلو
البضع عن عوض واللازم محال وكل ما استلزم امكان المحال فهو باطل اما الاولى فلجواز موته
واما الثانية والثالثة فظاهرتان وبما رواه احمد بن محمد في القوي عن ابي الحسن قال سالته
عن الرجل يتزوج المراة ويشترط اجارة شهرين فقال ان موسى عليه السلام قد علم انه سيتم
له شرطه فكيف لهذا بان يعلم انه سيبقى حتى يفي له قال قدس الله سره ولا يتقدر
المهر قلة وكثرة على راي اقول لا خلاف عندنا في عدم تقديره في القلة الا باقل
ما يتملك واختلف في الكثرة والذي اختاره والدي المصنف هنا هو المشهور بين الاصحاب
اختاره الشيخان وابن ابي عقيل وسلار وابو الصلاح وابن البراج وابن ادريس وقال السيد
المرتضى لا يتجاوز بالمهر خمسمائة درهم جيادا قيمتها خمسون دينارا فما زاد على ذلك رد الى هذه
السنة وهو الظاهر من كلام ابن الجنيد والاصح عندي الاول لقوله تعالى وان اردتم استبدال
زوج مكان زوج واتيتم احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا وعموم فنصف ما فرضتم واتوا النساء
صدقاتهن نحلة وما رواه الوشاء في الصحيح عن الرضا عليه السلام قال سمعته يقول لو ان رجلا
تزوج امراة وجعل مهرها عشرين الفا وجعل لابيها عشرة الاف كان المهر جائزا والذي جعله
لابيها فاسدا ولان مهر ام كلثوم بنت علي عليه السلام اربعون الف درهم احتج المرتضى بالاجماع

على

على صحة كون القدر المدعى مهرا وما زاد لم يذكر في العقد ثبت احكامه ولا اجماع على الزائد ولا دليل
شرعي عليه فيجب نفيه والجواب انه ضعيف في الغاية اذ نفي الاجماع لا يدل على
النفي وعدم وجدان الدليل مع دلالة الايات المذكورة لا يقال روى المفضل بن
عمر قال دخلت الى ابي عبد الله عليه السلام فقلت له اخبرني عن مهر المراة الذي لا يجوز
للمومنين ان يجوزوه قال فقال السنة المحمدية خمسمائة درهم فما زاد على ذلك رد الى
السنة لانا نقول راوي الرواية محمد بن سنان وقد نص الشيخ على انه ضعيف مطعون عليه وما
ينفرد به لا يعمل عليه هذا كلام الشيخ رحمه الله فلا عمل بهذه الرواية قال قدس الله
سره ولو تزوجها على مهر واحد صح وقسط على مهر الامثال على راي اقول قال الشيخ
في المبسوط يكون بينهن بالسوية وتبعه ابن البراج عملا بالاصل لان النكاح ليس معاوضة حقيقة و
لا يعتبر فيه قيمة البضع ولهذا اجعل بعضهم مهر السنة واحدا في الكل وقال بعض الاصحاب يقسط
على مهور الامثال كما لو تزوج واشترى بعوض واحد واختاره والدي المصنف في هذا الكتاب
والمختلف قال قدس الله سره ولو تزوجها على خادم او بيت او دار ولم يعين ولا وصف
قيل كان لها وسط ذلك اقول قوله قيل اشارة الى قول الشيخ الطوسي وتبعه ابن
ادريس وقيل الاقل والاقوى بطلان المهر والرجوع الى مهر المثل قال قدس الله سره
ولو اصدقها تعلم سورة لم يجب تعيين الحرف ولقنها الجائز على راي اقول هذا قول
الشيخ في النهاية وقيل لا بد من التعيين لاختلاف القراء فيه والحق الاول قال قدس الله سره
ولو نسيت الاية الاولى عقيب تلقين الثانية لم يجب اعادة التعليم على اشكال اقول
انما فرض الكلام في الاية في انه لانه لو علمها اقل من اية لم يعتد بذلك نص في المبسوط عليه ومنشو
الاشكال من انه حين تعلم كل واحدة من الايات عليه واذا علمها انه فقد برئ ذمته من
تلك الاية فلا يعود وجوبه عليه بغير سبب وقال الشيخ في المبسوط وهو الاقوى وذكر فيه وجها
ثانيا لانها لا يكون ما بعده لا اقل من ثلاث ايات لان اقل ما يقع به الاعجاز ثلاث ايات ومن ان
الصورة التركيبية للمجموع لم يحصل لها وهو المطلوب لان الاعجاز بالصورة التركيبية والاقوى
عندي الثاني قال قدس الله سره وان تلف بفعل الزوج او بغير فعل احد رجعت

عمى العدم ثم ثم ثم ثم ثم

عليه بمثله فان لم يكن مثليًا فالقيمة ويحتمل اكثر ما كانت من حين العقد الى حين التلف لانه
مضمون في جميع الاحوال وحين التلف لانه مضمون بغير تعد منه اقول اصل هذه
المسئلة ان هذا الضمان عند اصحابنا ضمان يد لا ضمان عقد وضمان اليد يرجع فيه بالقيمة او المثل
اما المقدمة الاولى فلان الصداق نحلة لقوله تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ولا تفسد النكاح
بفساده ولا ينفسخ برده ولا يسقط منها نفسها الى ثبوتها ولا تفسخ له النفع ولا شيء من الاعواض
كذلك قالوا اما الثمن والنحلة لا تضمن هذا قلنا نمنع الكلية فان الاصل في مال الغير الضمان
باليد الا ما خرج بالنص وليس بنص قالوا يرد بالعيب وهو من خواص المعاوضة قلنا نمنع الاختصاص
اذا عرفت ذلك فنقول وجه الاحتمال المبني على انه ضمان يد مذكور هنا ولا نطول بذكره
قال قدس الله سره ولو تعيب في يده قبل تسليمه تخيرت في اخذه او القيمة والاقرب اخذه و
اخذ ارشه اقول الاول قول الشيخ في المبسوط لانه انما اصدقها العين سليمة وهي مضمونة
في يده فهي بالخيار بين ان تقبضه ناقصًا او ترد فان اختارت الرد كان كتلف الصداق المعين
قبل القبض والضمان ضمان يد وجه اختيار المصنف ان عين ما ساوله العقد موجود والنقص
مضمون عليه فيرد الارش قال قدس الله سره ولها ان تمتنع قبل الدخول من تسليم
نفسها حتى تقبض المهر وهل لها ذلك بعد الدخول خلاف اقول قال الشيخ في النهاية
للمرأة ان تمنع من زوجها حتى تقبض منه المهر فاذا قبضته لم يكن لها الامتناع فان امتنعت بعد
استيفاء المهر كانت ناشزًا ولم يكن لها عليه نفقة واطلق ولم يفصل الحال قبل الدخول وبعده
وتابعه على الاطلاق ابن البراج في كتابيه معًا وهو قول المفيد رحمه الله وقوى في المبسوط
ان لها الامتناع بعد الدخول حتى تقبض المهر وقال في الخلاف اذا سمى الصداق ودخل بها قبل
ان يعطيها شيئًا لم يكن لها الامتناع من تسليم نفسها حتى تستوفي بل لها المطالبة بالمهر ويجب
عليها تسلم وهو اختيار ابي الصلاح وقال ابن ادريس ليس لها الامتناع بعد الدخول بل لها المطالبة
بالمهر ويجب عليها التمكين وهو اختياره والذي المصنف في المختلف وهو الاقوى لان البضع حقه والمهر
حق عليه وليس اذا كان عليه حق جاز ان تمنع حقه وجاز ذلك قبل الدخول اجماعًا فبقي بعده ولانه
في المعاوضة المالية المحضة وهو البيع المجمع عليه اذا سلم احدهما ما عليه من العوض قبل قبض العوض

تمًا

نفسها

لم يكن له الامتناع وكذا في الاجارة قال قدس الله سره ولو كان مؤجلا لم يكن لها الامتناع فان
امتنعت وحل لم يكن لها الامتناع على رأي لاستقرار وجوب التسليم قبل الحلول اقول
تقرير هذه المسئلة انه اذا كان المهر مؤجلا لم يكن لها الامتناع قبل الحلول وقبل الدخول اجماعًا
فان امتنعت وفعلت محرمًا ولم يدخل حتى حل فهل لها الامتناع قيل لها ذلك لعموم النص ان لها
الامتناع قبل الدخول ولان المانع هو الدخول ولم يحصل ورده المصنف باستقرار وجوب التسليم
قبل القبض والاصل الاستصحاب قال قدس الله سره وانما يجب تسليمه لو كانت مهيأة
للاستمتاع وان كانت محبوسة او ممنوعة بعذر لم يلزم ولو كانت صبية فالاقرب وجوب التسليم
مع طلب الولي اقول لا يجب تسليم الصبية غير البالغة الى الزوج لان امساك الصغير حضانة
وامساك الزوج للاستمتاع لا للحضانة وليس اهلا له ولو دفعها اليه لم يجب عليه تسلمها اذا تقرر ذلك
فهل يجب عليه تسليم المهر مع طلب الولي اختار والدي المصنف الوجوب لانه حق حال للمرأة
فيجب تسليمه اليها والنكاح ليس محلا وضع حمقه وقال في المبسوط الاقوى انه لا يجب تسليمه كما لا يجب
تسليم النفقة لان الاستمتاع غير ممكن وجزم ابو الصلاح بعدم وجوب التسليم والاقوى عندي اختيار
المصنف قال قدس الله سره ولو منعته من التمكين لا للتسليم ففي وجوب التسليم اشكال
اقول ينشأ من ان وجوب التمكين موقوف على تقدم التسليم فلا يتوقف عليه التسليم والا
دار ومن انها منعت العوض لان البضع عوضه بل غصبًا فلا تستحق تسليمه اليها والاقوى
عندي الاول قال قدس الله سره وانما يستقر كمال المهر بالوطء او موت احد الزوجين
لا بالخلوة على الاقوى اقول المهر الواجب بالنكاح او الفرض يستقر عندنا والدي المصنف
باحد امور ثلاثة أ الوطء ولو كان حرامًا كما في الاحرام والحيض لانه يوجبه ابتداء في الشبهة
فيقرره في الصحيح اولى ب موت الزوج وحكمه كذلك بلا تردد عند الاكثر خلافًا للصدوق
في المقنع والحق ما ذهب اليه والدي رحمه الله لان الموت لا يبطل آثار النكاح لانهما يتوارثان وآثار النكاح باقية
بعد الموت ومن جملته المهر وعدم بقائه بعده لان الموت نهاية له وانتهاء العقد يستقر به استيفاء المعقود
عليه ج موت الزوجة وسيأتي تحقيق هذه المسئلة وهي ان الخلوة هل لها اثر في المهر او لا فيه
اقوال ستة أ قال قوم انها تقرر كالوطء قال الشيخ في الخلاف والمبسوط قال به قوم

من اصحابنا لما رواه زرارة عن الباقر عليه السلام قال اذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا بها فاغلق
عليها بابا او ارخى سترا ثم طلقها فقد وجب الصداق وخلاؤه بها دخول ولضعف سندها رده المصنف
ونزلها ابن ابي عمير على حكم الحاكم ظاهرا ~~ويحكم به الحاكم ولا يحل عليها ان لم يكن دخل بها اخذ~~
للمرأة من غير دخول ب ان اثرها وجوبه ظاهرا ويحكم به الحاكم ولا يحل عليها ان لم يكن دخل بها ان
تاخذ اكثر من نصفه ان ثبت الزوج ركادتها لم يلزمه اكثر من النصف لانه يدل على عدم الدخول
وهو قول الشيخ في النهاية وابن البراج وقطب الدين الكيدري للرواية المتقدمة وسربلها ج وجوب
المهر بها اذا انزل الماء بلمس او نظر اليها وهو قول ابن الجنيد د اثرها تقديم قولها مع اليمين اذا ادعت
الوطي في الخلوة وانكره واعترف بالخلوة ولا بينة على نفسه وان امكنه اقامة بينة تثبتها
عدم الوطي فمثالم يلزمه اكثر من النصف والا حلف ولزمه الكل وهو قول ابن حمزة واستحسنه
الذي في المختلف ه قال الصدوق رحمه الله اثرها وجوب حكم الحاكم بالوطي وان اعترفا بنفيه
لانها سبب العدة وسقط هو المهر وان قصد بذلك وجوب تمام المهر عليه فليس بجيد لان المهر
في هذه الصورة اما ان يجب بالخلوة او بالوطي او بمجموعهما ولا ثالث ونفي الاول بقوله لانه سبب المهر
جعل نفي الوطي علة في نفي المهر وكما عدمه علة في العدم فثبوته علة في الثبوت والثاني قد اقر
المستحقة للمهر بعدمه ونفي السبب كنفي المسبب وكذا الثالث لبطلانه اجماعا وان قصد وجوب
العدة عليها لانه حكم شرعي ولها الدعوى بالمهر كالمتزوجة اذا نفاه ثم ادعاه فله بينة وقال
قوم لا اثر للخلوة البتة حكاه الشيخ في الخلاف والمبسوط وهو الظاهر من روايات اصحابنا منها
نصف المهر وسقوط العدة وهو الاصح عندي وعند والدي وجدي لقوله تعالى وان طلقتموهن
من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ولانا للاصل لان الخلوة اعم
منه والعام لا يستلزم الخاص ولما رواه يونس بن يعقوب عن الصادق عليه السلام قال
سمعته يقول لا يوجب المهر الا الوقاع في الفرج قالوا الخلوة سبب لوجود الداعي وانتفاء الصارف
للاصل فيحكم بالمسبب فحكم بحلوله او مظنة فحكم الشارع باقامتها مقام الاصل ولما روي
عن ابي الحسن موسى عليه السلام اذا اغلق بابا وارخى سترا فلها الصداق كاملا
وعليها العدة قلنا ان عنيتم السبب الشرعي فهو نفس المدعى وان عنيتم العقلي

فلم

فلم لم يوجب لم يوجد مسببه بمجرد وجوده لما ثبت في الكلام والمظنة عندنا بلا حكم الشارع باقل
مقام الاصل لا اعتبار بها لانها من باب القياس في الاسباب ومنع اقامة الشارع لها والحديث
المذكور ضعيف السند حملا واعلم انه ينبغي على القول بالخلوة اشتراط عدم المانع الشرعي
كالصوم والحيض والاحرام ولم يذكروا ذلك وعدلنا عن لوازم الاحكام المذكورة لئلا يخرج
عن حد الشرح **قال** قدس الله سره وقيل لو مات قبل الدخول كان لاوليائها نصف المهر
وليس بجيد **اقول** قوله وقيل الى آخره اشارة الى قول الشيخ في النهاية وابن البراج في الكامل
وقطب الدين الكيدري لما تقدم في رواية يونس وليس بجيد لما تقدم من وجوب المهر بالعقد والاصل
البقاء وحمل شيخنا نجم الدين ابو القاسم كلام الشيخ الطوسي رحمه الله على انها كانت ممن لا ولد لها

الفصل الثاني في الصداق الفاسد ولفساده اسباب **الاول** عدم قبول الملك

قال قدس الله سره فلو تزوج المسلم على خمر او خنزير او حر بطل المسمى وصح العقد وهل
يثبت قيمة المسمى او مهر المثل قولان اقربه الثاني **اقول** ذكر في هذا الفصل بيان
جهات الفساد في الصداق ورتبها على انواع ستة **النوع الاول** ان لا يكون المذكور مالا
وفيه مسائل آ ان لا يكون مالا من حيث الاسم ولا من حيث الاشارة وقد ذكره في هذا الكلام
وتقريره انه اذا عقد المسلم على خمر او خنزير او حر بان يقول زوجتك نفسي على كذا
بطل خمرا او على هذا الخنزير او على هذا الحر قال الشيخ في النهاية والمفيد في المقنعة وابن
البراج وابو الصلاح يبطل العقد وقال الشيخ في الخلاف يصح العقد ويبطل المسمى كقول
ابن الجنيد وهو اختيار المصنف هنا وهو الاصح لان الصداق ليس ركنا في النكاح وانما الركن
فيه الزوجان ولهذا اشترط تعيينهما في العقد ولم يشترط ذكر المهر في العقد ولا ينفسخ النكاح
ببطلانه لو خرج مستحقا ولانه نحلة للآية ولا شيء من العوض بنحلة لان معناها التبرع وهو
ينافي معنى العوض قالوا النحلة التدين او العطية من الله او من الناس قلنا مجاز اذ هو اولى
من الاشتراك ولانه كالمستحق وقف ثبوته على ثبوت شيء آخر لم يكن نفي ذلك الآخر مقتضيا
لنفيه احتج الشيخ بانه عوض لانه آخر لقوله تعالى اتوهن اجورهن ولان الصيغة زوجتك بكذا
كبعتك بكذا ولان العقد تابع لوجود التراضي وانما تراضيا بذلك ونفيا غيره واذا منقول

ولد لهما فكان للزوج النصف [illegible] قال لان المستقر من المهر [illegible] ومواضع الروايات ان المهر يملكه المرأة بنفس العقد واذا ما [illegible] كان المهر ثابتا باجمعه [illegible] كان المستحق ووارث الزوج النصف [illegible] وربما والمهر اشار بقوله لاوليائهما [illegible] ان لا يأخذ الا النصف [illegible] من التصريح [illegible] عدم الولد [illegible] اللفظ [illegible] عليه

والجواب هو بالنحلة اشبه منه بالعوض لان العوض يبطل المعوض ببطلانه والثاني
منقوض بالمغصوب اذا تقرر ذلك فنقول على القول ببطلان المسمى واختلاف فيما يجب
بالوطي فكل من قال ببطلان النكاح قال بوجوب مهر المثل واختلف القايلون بصحة العقد
على اقوال ثلاثة آ انه يجب مهر المثل اختاره الشيخ في الخلاف وابن حمزة وظاهر كلام ابن
ادريس ولان بطلان المسمى يوجب بطلان التسمية فيجب بالوطي مهر المثل لانه اذا ابطل احد
العوضين وجب رد الاخر واذا تعذر وجبت قيمته وقد انتفى عقد الصداق لبواته ولصحة
عقد النكاح تعذر رد عوضه فوجبت قيمته وهي مهر المثل ب تعتبر المالية فيه فيقوم
الحر لو كان عبدا والخمر عند مستحليه اختاره بعض الاصحاب لانه لما ذكر عوضا كان قصدهما
ذلك العوض دون قيمة البضع وهي مهر المثل والمذكور خصوص وهو عينه وعموم وهو المالية
فقد [illegible] لانهما قد راه مالا واذا لم يكن للعين اعتبار اعتبر الذكر في المالية فلا يلغوا التقدير
بذلك القدر في القيمة المقدرة ورد بان تقدير المالية فيما شرع فيه تقدير المحال فيلغوا التقدير
كما يلغوا التعيين وبعقد الذكر قصد العوض وعدم الرضا بالتفويض ومن ثم فرق الشيخ
بين الحر والخمر فان الخمر ماليته منتفية للمسلم لا عليه للذمي وعليه لمثله فحكم في الحر بمهر المثل
وفي الخمر قيمته وهو حسن في الاموال قال قدس الله سره ولو تزوجها على ظرف خل فخرج
خمرا صح العقد ويثبت مهر المثل وقيل مثل الخل اقول هذه المسئلة وهي ان يكون
مالا من حيث الاسم وليس بمال من حيث الاشارة وفي هذه المسئلة اقوال ثلثة آ وجوب مهر
المثل لانه سمى هذا المشخص من حيث هو مشخص وقد بطل ولا مالية له ولا مثل ولانه جمع
بين المشخص والوصف فيه وهما لا يجتمعان وترجح احدهما لا بعضه العقل بل الاشارة ارجح لانها
دلالة على الذات فيرجع الى مهر المثل وهو اختيار بعض الاصحاب وفرق بين هذه المسئلة و
المتقدمة لان تلك عقدا مع علمهما بكونه خمرا واما هنا فلم يعلما بذلك ب انه يثبت بقدره خلا
لانهما ذكرا المقدار ولم يذكرا الخمر فبطل المشخص وبقي نفس القدر والوصف المذكور وهو الخل
واختاره ابن الجنيد وابن ادريس ج قول الشيخ في الخلاف والمبسوط انه يلزمه قيمته عند
مستحليه تغليبا للمشخص على الوصف وهنا لا يحتمل العقد لانها فصل المالية قال قدس الله سره

ولو اصدقها عبدا فخرجت مستحقة فان كانت مثلية فالمثل والا فالقيمة ويحتمل مهر المثل
اقول هذه المسئلة من المسايل وهو ان لا يكون مالا للمصدق بل لغيره وفيها احتمالان
ذكرهما المصنف الاول ان العقد تناول تلك العين وقد تعذر ايصالها لحق الغير فوجب المثل
في المثلية والقيمة في غيرها لقيام المثل او القيمة مقام العين مع تعذرها كما لو تلف بعد العقد
وقبل قبض المراة ومن انه لا يصح ان يصدق مال الغير بغير اذنه فيكون المهر فاسدا فالتسمية
في العقد توجب المسمى مع صحتها ومهر المثل مع فسادها ولا يكون بمنزلة من لم يسم لما توهمه متوهم
وفي الاول نظر لان المعتبر الموجب للمثل وهو تعذر ما صح العقد عليه وهنا لم يصح والتحقيق
ان مبنى هذه المسئلة هو القاعدة المتقدمة من ان المهر هل هو عوض حقيقة ام لا فعلى الثاني
يجب مثله ان كان مثليا والا قيمته لانه ليس بركن ولا عوض وانما افاد ذكره التقدير بذلك
القدر وان لغا التعيين ولا يلزم تقدير المالية فيما لا مالية فيه هنا لتحقق المالية وانما ارتفعت
الاضافة وتقديرها اما بالمثل او القيمة وعلى الاول يثبت مهر المثل لانه اذا فسد العوض وتعذر
الرجوع الى عين العوض الاخر لصحة النكاح فيرجع الى قيمته وهو مهر المثل قال قدس الله
سره الثاني الجهالة فلو تزوجها على مهر مجهول بطل المسمى ويثبت مهر المثل لعدم تقويم المجهول
ولو ضمه الى المعلوم احتمل فساد الجميع فيجب مهر المثل واحتساب المعلوم من مهر المثل فيجب
الباقي ولو زادت قيمته عن مهر المثل لم يجب الزيادة على الاول دون الثاني اقول
هذا هو النوع الثاني من اسباب الفساد وهو الجهالة والمجهول كان يقول زوجتك بشي ففساد
المسمى لا يوجب فساد التسمية لان اثر التسمية عدم التفويض وثبوت المالية بنفس العقد
قبل التقدير وقيل بل هو اثر صحة المسمى ومن ثم اختلف في وجوب مهر المثل او قيمته او مثله
عند فساده واما التعيين فهو تابع للمسمى اذا تقرر ذلك فنقول مع كون المهر مجهولا لا ينفي
التقدير والتعيين ولا يبطل العقد فيجب مهر المثل لان التقدير اما بالمسمى او بقيمة البضع لان
التقدير باحد العوضين واذا ضم المعلوم الى المجهول فيه احتمالان احدهما فساد المسمى في
الكل لان الكل هو المهر وجهالة الجزء تستلزم جهالة الكل وجهالة المهر المسمى موجبة لبطلانه
ولامتناع العلم بنسبة المعلوم الى الكل و الى المجهول وكونه كل المهر لان التسمية اقتضت كونه

جزء فكونه كلا انصاد معنى التسمية فيبطل لانه لم يحصل الرضاء به فعلى هذا الاحتمال
يفسد المعلوم ولا اعتبار به حينئذ لانه لا يجب دفعه فلا اعتبار بزيادته على مهر المثل من
غير انضمام اليه وثانيهما احتساب المعلوم من مهر المثل لانه اقرب الى مساواة العقد من
عوضه ولتعلق الغرض بخصوصيات الاموال فان علة وجوب مهر المثل فساد عقد المسمى فيرد
عن معوضه فاذا تعذر لصحة النكاح وجبت قيمته ووجوب المسمى تابع لصحة عقده اي
صحة تسميته فوجوب مهر المثل والمسمى يستلزم اجتماع المتنافيين وهو محال فعلى احتسابه يحتمل
وجهان احدهما ان يكون اداء مهر المثل لكن يجعل مقدارا من احد التقديرين وشرطا ان يعطيها عينا
معينة بحساب قيمتها منه وعلى هذا الاحتمال ينسب المعلوم الى مهر المثل فاما ان ينقص عن مهر المثل
او يساويه او يزيد عليه فان كان الاول وجب الباقي وان كان الثاني فليس وان كان
الثالث لم يجب الزيادة والى هذا الاحتمال اشار المصنف بقوله على الاول في قوله فلو زادت
قيمته عن مهر المثل لم يجب الزيادة وثانيهما انه يجب لكونه جزءا من المسمى يكون جزءا من
مجموع هو عوض وقد عقد في الجزء الاخر لمعنى فيه دون هذا الجزء ولا يمكن بطلان جزء
من عوضه الذي هو البضع لصحة النكاح فيجب عليه جزء من قيمة معوضه وهو مهر المثل
نسبة القيمة اليها كنسبة الجزء الباطل الى مجموع المسمى فاما ان يقسط باعتبار العدد
لعدم امكان اعتبار قيمة الجزء المجهول كما لو تزوج على عبد وزق خمر على ما تقدم من الاحتمال
فيجب من مهر المثل مع المعلوم النصف عوضا عن المجهول المطلق لانه جزء فيه مالية فكان اولى
من جزء اخر باعتبار نفس الانتساب واما ان يقسط باعتبار المالية والمثلية او القيمة
فينزل المجهول على ما يتملك لثبوت مطلق المالية وعدم التقدير فيثبت الاقل متيقن والاصل
عدم الزيادة فيقسم المعلوم على اجزاء ما يتملك ويضاف الى المجموع واحد جزء هو اقل ما يتملك
عوضا عن المجهول ويقسم مهر المثل على تلك العدة ويجب قسط جزء واحد منه مع المعلوم
عوضا عن الجزء المجهول فلو كان عدد المعلوم اذا قسم على اقل ما يتملك عشرة اجزاء يضاف
اليها واحد ويقسم مهر المثل على احد عشر جزءا ويوخذ منه جزء واحد يضم الى المعلوم ويكون
مهر المثل الواجب عليه والى هذا الاحتمال اشار المصنف بقوله دون الثاني في قوله لم يجب

الزيادة

الزيادة في الاول دون الثاني فانها تجب **قال** قدس الله سره ولو تزوج واشترى
منها دينارا بدينار بطل البيع ووجب مهر المثل والاولى ما يقتضيه التقسيط من المسمى **اقول**
اذا تزوج امراة واشترى منها دينارا بدينار مع اتحاد الجنس فقد اشتمل على الربا فقد قيل
ببطلان العقد لانه عقد فلو صح في بعض وبطل في بعض لزم اتصاف عقد واحد بالصحة و
البطلان في زمان واحد فيجتمع المتنافيان فيبطل عقد المهر والبيع لا النكاح واذا بطل المسمى
وجب مهر المثل والاولى اختيار والدي المصنف هنا اذ لا مانع من صحة المهر فانه معلوم وهو
ما يقتضيه القسمة على النسبة فلو كان مهر مثلها عشرة مثلا قسم الدينار على احد عشر جزءا
لاتفاقهما على جعل في مقابله احد عشر فكان المهر عشرة اجزاء من احد عشر جزءا من دينار و
لزم منه وبطل البيع في جزء من احد عشر جزءا من دينار وهذا القدر من العلم كاف في كل
مختلفين جمعا في عقد واحد بعوض واحد ولا يلزم الربا فيه فالمقتضي للصحة موجود والمانع
منتف ومنع اتحاد العقد لاختلاف الاحكام واتحاد المختلفين في احد الامرين لا يوجب
الاتحاد في الماهية والعقد الواحد قد يكون سببا لاثر وليس بسبب لاخر فالصحة والبطلان
باعتبار اضافتين الى مضاف ولا تنافي وانما ذكر هذه المسألة هنا لان بعضهم ابطل المسمى
من حيث اجماله **الثالث** الشرط **قال** قدس الله سره ولو شرط في العقد ما لا يخل
بمقصود النكاح وان كان غرضا مقصودا في الجملة لم يبطل النكاح بل الشرط ان خالف
المشروع مثل ان شرط ان لا يتزوج عليها او لا يتسرى او لا يمنعها من الخروج او لا يقسم لضرتها
فالعقد والمهر صحيحان ويبطل الشرط خاصة ولو شرط تسليم المهر في اجل فان لم يفعل
كان العقد باطلا فانه يبطل الشرط خاصة وفي فساد المهر وجه فان المشروط كالعوض المضاف
الى الصداق وبتعذر الرجوع الى قيمة الشرط فيثبت مهر المثل **اقول** كل شرط لا يخل بالمقصود
من النكاح بالذات فان لم يخالف المشروع صح وان خالف المشروع بطل وان لم يبطل النكاح لان
فساد العوض لا يؤثر فيه ففساد الشرط اولى واما الصداق فلا يبطل به ايضا لانه في مقابل
الوطي خاصة ولا اعتبار بالشرط ويحتمل فساد المهر لما ذكر المصنف ولان الشرط ان كان
لها فانما رضيت بالمسمى مع تلك الصفة النافعة لها ولم يحصل لها وان كان عليها فانما رضي الزوج ببذله

المسمى لم يحصل ذلك الرفق مع البضع ولم يحصل وليس له قيمة يرجع اليها فوجب الرجوع الى
مهر المثل فعلى اطلاق المصنف لا فرق بين ان يزيد على مهر المثل او ينقص او يساوي
واقول يحتمل انه ان زاد والشرط لها فالواجب المسمى لانه قد رضي بذلك مع المسامحة
بترك حق فاذا لم يلزمه المسامحة فالرضا به اولى وكذا ان قصر والشرط عليها لانها قد رضيت
مع ترك حق لها فلا معه اولى وان اخل بمقصود النكاح كان شرط تسليم المهر في اجل فان
لم يفعل كان العقد باطلا بطل الشرط اجماعا قيل والنكاح لانه اخل بمقصود النكاح وتاخر بفعله
وينافي صحته وليس ترجيح سبب الصحة على البطلان اولى من العكس فتعارضان فيرجع الى اصل
بقاء عدم النكاح والاولى صحة النكاح فقيل باثر الشرط في افساد الصداق لانهما انما تراضيا
به على هذا الوجه فيثبت مهر المثل واليه اشار المصنف بقوله وفي فساد المهر وجه وقيل لا يفسد
المهر بل الشرط خاصة لانه عقد وشرط لا شرط ولا لكان باطلا ولان الموجب لثبوت
الشرط العقد فلو كان الشرط شرطا في صحته لزم الدور فاذا لم يصلح العقد لسببه استحال
الشرط بطل الشرط ولم يؤثر في العقد وهو الاقوى عندي وان لم يخل الشرط بالمقصود من
النكاح ولم يخالف المشروع صح الشرط قال قدس الله سره ولو شرط ان لا يفتضها
لزم الشرط فان اذنت بعد ذلك جاز وعندي فيه اشكال وقيل يختص بالموجل اقول
الاول قول الشيخ في النهاية والثاني قوله في المبسوط قال وبطل في الدائم النكاح والشرط
وتبعه ابن حمزة وقطب الدين الكيذري واختاره والدي المصنف قدس الله سره في المختلف
وابطل ابن البراج الشرط خاصة فيهما واختاره ابن ادريس وهو الاقوى عندي لما تقدم احتج
الشيخ على قوله في النهاية بما رواه اسحق بن عمار عن الصادق عليه السلام قال قلت رجل تزوج
بجارية عاتق على ان لا يفتضها ثم اذنت بعد ذلك فقال اذا اذنت له فلا باس شرط
في الجواز الاذن والمشروط ينتفي بانتفاء شرطه لان مفهوم الشرط ذلك ففيه دلالة على
صحة النكاح والشرط والجواب ضعف السند الرواية ووجه الاشكال الذي ذكره المصنف
الرواية وقوله عليه السلام المومنون عند شروطهم ومن ان الوطي محرم لا يستباح الا بالعقد
والعقد الصحيح اللازم سبب تام في الاباحة وهاتان مقدمتان اجماعيتان فان لم يستبح

بالعقد

بالعقد لم يستبح بغيره وان استبيح به لم يتوقف على غيره قال قدس الله سره ولو اعطاها شيئا
وشرط ان تعطي اباها منه شيئا قيل لزم الشرط اقول هذا قول بعض الاصحاب لانه شرط لا يخالف
المشروع ويظهر من كلام ابن الجنيد انه ان شرطه الزوج في نفس العقد لزم لانه جعل بعض
الصداق ولقصده شيئا مع صحته وقال الشيخ في النهاية لو عقد على امراة وسمى لها شيئا ولابيها
ايضا شيئا كان المهر لازما له وما سماه شيئا في مقابلة فعل لانها لم يكن عليه منه شيء قال والذي نحن
المصنف انه ان كان قد جعل للواسطة بلفظ الجعالة شيئا في مقابلة فعله لزم لانه جعل على فعل مباح وفعله
المجعول له فيلزم وان لم يكن على سبيل الجعالة لم يلزم وهذا هو الاصح عندي والجواب عن حجتهم
اما ا فلان الشرط من جملة المهر فهو للمراة او الرجل فلا يصح لغيرهما وعن ب انها منسوخة
فان المهر في تلك الشريعة كان للاب ثم نسخ بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن
فريضة قال قدس الله سره ولو شرط ان لا يخرجها من بلدها قيل لزم للرواية اقول
هذا قول الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة وقال في الخلاف وابن ادريس لا يصح الشرط وهو
الاصح عندي ولو رضيت بعد ذلك باخراجها جاز اجماعا وتمسك الشيخ في النهاية بما رواه ابو العباس
في الصحيح عن الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج امراة ويشرط لها ان لا يخرجها من بلدها قال
يفي لها بذلك او قال يلزمه ذلك والجواب المراد الاستحباب لان مقتضى النكاح
تسلط الرجل على المراة بالاستمتاع والاسكان وغير ذلك قال قدس الله سره ولها
تتبعه الى منزلها اشكال اقول هذا فرع على صحة اشتراط ان لا يخرجها من بلدها فانه
على القول ببطلانه يبطل هذا الشرط قطعا ومنشؤه ان النكاح سبب بنص الشرع في تملك الزوج
نقل الزوجة واسكانها اين شاء فلا يخالف الا بنص ولم يرد في المنزل ومن عموم المومنون عند
شروطهم قال قدس الله سره ولو شرط لها مهرا ان لم يخرجها من بلدها وازيد ان
اخرجها الى بلاد الاسلام كان لازما ومنه نظر اقول ما ذكره هنا قول الشيخ في النهاية وتبعه
ابن البراج وابن حمزة لما روي في الحسن عن علي بن رئاب عن الكاظم عليه السلام قال سئل وانا
حاضر عن رجل تزوج امراة على مائة دينار على ان تخرج معه الى بلاده وان لم تخرج فمهرها خمسون
دينارا ارايت ان لم تخرج معه الى بلاده قال فقال ان اراد ان يخرج بها الى بلاد الشرك

فلا شرط له عليها في ذلك ولها مائة دينار التي اصدقها اياها وان اراد ان يخرج بها الى بلاد
الاسلام ودار الاسلام فله ما اشترط عليها والمسلمون على شروطهم وليس له ان يخرج بها الى بلاده
حتى يؤدي لها صداقها او ترضى من ذلك بما رضيت وهو جائز له واعلم ان منشأ النظر انه شرط خالف
مقتضى العقد فلا يصح ومن عموم الخبر ولانه تتعلق به غرض صحيح والاصح عندي قول ابن
ادريس وهو انه لا يصح هذا الشرط قال قدس الله سره الخامس ان يزوج الولي بدون
مهر مثلها فيصح العقد وفي صحة المسمى قولان اقول هذا الفرع الخامس في اسباب
فساد المهر المسمى فنقول اما صحة العقد فلان المهر ليس بشرط في صحة النكاح لجواز اخلائه عنه
وكلما لا تتوقف ثبوته على ثبوته لا يؤثر عدمه في عدمه وفيه وجهان يأتيان في المسألة التي
بعد واما المسمى فهل المنشأ في الخلاف نشأ لانه يصح منه العفو فعقده على الاقل اولى اما الاولى
فلقوله تعالى او يعفوا الذي بيده عقدة النكاح واما الثانية فلان له اسقاط ما وجب فالاقتصار
على بعض ما لم يجب اولى ولان المصلحة منوطة بنظر الولي وقد يكون تقليل المهر على هذا ترغيبا
له اصلح له من مهر المثل او الزيادة عليه لغيره وقد تشتد رغبات الامور ملا اشتبه في كليتها
وليس هذا بعيدا وفيه ضعفه وقيل يفسد التفويض لوجوب مراعاة القيمة في اموالها ومنافع املاكها
ففي منافع ابضاعها اولى ومع فساد التفويض يثبت مهر المثل بنفس العقد اورد زوج النبي عليه السلام
ابنته بخمسمائة ومعلوم ان مهر بنت النبي عليه السلام لا يكون هذا القدر واجيب بان نظر النبوة يقتضي
والولاية اجتهادي وجاز ان يكون مأذونا قال قدس الله سره وكذا لو زوجه باكثر
من مهر المثل فان المسمى يبطل وفي فساد النكاح اشكال ينشأ من التمسك بالعقد الذي لا يشترط
فيه المهر ولا ذكره ومن بعد الرجوع الى مهر المثل بدون رضاهما وما تعاقدا به والاقوى انه مع فسخ
المسمى يثبت الخيار في فسخ العقد اقول الكلام هنا في موضعين أ في المسمى فنقول انما رجح
هنا بطلان المسمى لان الزيادة على مهر المثل تشتمل على اضاعة مال المولى عليه لا بعوض يساويه
بخلاف نقصانه عن مهر المثل لان المقصود في النكاح الاستمتاع والمهر بالعرض ب في
النكاح وقيل يفسد لان الزوج حينئذ لم يرض الا بالزائد على مهر المثل والزوج لم يرض الا بالاقل
فاذا لم يحصل ما عليه التراضي لم يكن النكاح مرضيا به فلا يصح لان العقود تابعة للقصود وهذا معنى

قوله

قوله من بعد الرجوع الى مهر المثل بدون رضاهما وبدون ما تعاقدا به فان ما تراضيا عليه لم يحصل
وما اثبتوه لم يتراضيا عليه قلنا منقوض بما لو اصدقها خمرا او مجهولا على الاصح وهو الفقه
والاصح انه يصح النكاح لوجود المقتضي وهو العقد وانتفاء المعارض اذ ليس الا فوات المسمى وهو
ليس شرطا في العقد فلا يصير شرطا لان الشرطية لا يكون بغير جعل الشارع اتفاقا وذكر
المصنف وجها ثالثا وهو انه يتخير من زاد عليه او نقص عنه لفوات وجه التراضي فلا يلزم ولا
يبطل لما مر ولانه ليس اقل من عقد الفضولي وهذا هو الاصح ومن الوجوه ايضا في المسألة المتقدمة
ومقوله وفي فساد النكاح اي مع بطلان المسمى في المقيس قال قدس الله سره السادس
مخالفة الامر فاذا قالت زوجني بالف فزوجها بخمسمائة لم يصح العقد ويحتمل ثبوت الخيار
اقول هذا هو النوع السادس من اسباب فساد المهر وهو مخالفة الوكيل ما عينه الموكل
ووجه البطلان ان امرها بعقد بالف يستلزم النهي عن الاقل فيبطل المنهي عنه كما لو صرحت
بالنهي ووجه الاحتمال انه بالنسبة الى غير المأمور به فضولي وعقد الفضولي يقف على الاجازة
على القول بوقفه وعلى القول ببطلانه يبطل قال قدس الله سره ولو قالت زوجني
مطلقا فزوجها بدون مهر المثل فالاقرب الرجوع الى مهر المثل اقول المراد بقوله مطلقا
اي اطلقت قولها زوجني وليس تماما لقولها زوجني بان تصرح وتقول زوجني واطلق اي
النكاح عن ذكر المهر وعدمه ووجه القرب انها اذنت في العقد ولم تقيد المهر فتقدير
المهر وذكره حينئذ ليس بشرط شرعا ولا بحسب امرها فلا يتوقف عليه الرضا ولا العقد
فصح العقد وانما يرجع الى مهر المثل لان اطلاق الامر يقتضي عدم النقصان عن مهر المثل
لانه ينصرف الى الغبطة وهي مهر المثل وازيد ويحتمل ضعيفا فساد العقد لان الاطلاق
ينصرف الى مهر المثل فكان بمنزلة ما لو عينته فان قلنا في صورة التعيين بعدم فساد
العقد فهنا اولى وهو ظاهر وان قلنا بفساد العقد ثم احتمله هنا تنزيلا للفحوى منزلة
الصريح وهو ضعيف لان دلالة المفهوم شرط فيها كون المسكوت عنه اولى من المنطوق
وليس هنا كذلك ولان الامر بالكلي مخير بين افراده وجزئياته ومع القرينة ظني ولانه اعم
ولا دلالة للعام على الخاص والقرينة العرفية ظنية واللفظية اقوى منها ولا يرد النقض

بالمسمى لانه معاوضة محضة بخلافه هنا **قال** قدس الله سره ولو لم يذكر مع الاطلاق
المهر احتمل الصحة للامتثال والفساد اذ مفهومه ذكر المهر عرفا **اقول** الضمير في
قوله يذكر راجع الى الوكيل اي اذا اطلقت المراة الاذن بالعقد واخلاه الوكيل عن ذكر
المهر والاحق عندي الاول لان الاتي به مطابق للاذن واذا كان المطلق يقتضي مهر المثل
كان اطلاق العقد كذكر مهر المثل فان اذنها في النكاح والسكوت عن المهر ليس تفويضا لاستفادة
الاذن في مطلق المعاوضة فينصرف الى قيمة المثل **قال** قدس الله سره ومع المفسد
يحتمل الفساد والخيار فيثبت مهر المثل **اقول** اي لو قيدت الاذن في العقد بالمهر فزوجها
مطلقا من غير ذكر المهر يحتمل فساد العقد للمخالفة لما تقدم وثبوت خيار الفسخ لها
لانه لا ينقص مرتبة عن عقد الفضولي ومع الصحة يثبت مهر المثل بمجرد العقد لانه حكم
التفويض لانا نقول لا نسلم ان اذنها في النكاح والسكوت عن المهر تفويض لما تقدم
ولان النكاح يقع بالمهر في الغالب فيحمل الاذن على العادة الغالبة فيكون قول الوكيل
زوجتك بمنزلة زوجتك بالمهر وفيه كلام يأتي في التفويض او نقول مراد المصنف يثبت مهر
المثل بالدخول والاول هو الاصح لان الوكيل لا يملك التفويض الا بالنص عليه فمع عدم نصها
عليه يبطل التفويض وبطلانه يقتضي ثبوت مهر المثل فيثبت مهر المثل

الفصل الثالث

في التفويض وهو قسمان **الاول** تفويض البضع **قال** قدس الله سره فلو قالت
على ان لا مهر عليك صح العقد ولو قالت على ان لا مهر عليك في الحال ولا في ثانيه احتمل الصحة
لانه معنى ان لا مهر عليك والبطلان لانها جعلها موهوبة **اقول** تفويض البضع اخلاء
العقد عن ذكر المهر بالمرة مع ستحقه وله صورتان آ ان يقول زوجتك نفسي ولا يذكر
مهرا فيقول قبلت ب ان يقول زوجتك نفسي ولا مهر عليك اي بنفس العقد في الحال
ولا في ثانيه اي بعد الدخول قال المصنف احتمل الصحة لانه معنى ان لا مهر عليك لان
مهر نكرة والنكرة في معرض النفي تعم وفيه نظر لان نفي النكرة يعم الافراد لا الازمان
والا لم يبق فرق بين الدوام والاطلاق العام ويمكن ان يقال يلغو النفي في المستقبل
ويصح النفي في الحال اما في المستقبل فظاهر واما صحته في الحال فلانه نص على التفويض

لان اطلاق العقد يقتضي فاذا رضيت به لم يثبت مهر المثل بمجرد العقد صح

ووجه

ووجه الثاني وهو بطلان النكاح ان النكاح بغير مهر في الحال ولا في المستقبل هبة
من المراة نفسها ونكاح الموهوبة مخصوص بالنبي عليه السلام فلهذا ذكر المصنف
وحينئذ ان يكون تفويضا صحيحا وفساد النكاح وفي هذا وجه آخر انه تفويض فاسد واذا افسد
التفويض وجب مهر المثل والاقوى عندي بطلان العقد لان التفويض يقتضي شرط المهر او
شرط نفيه في الجملة ولا ينافي مقتضى العقد لانه يثبت المهر بالوطي ونفي المهر دائما بالعقد والوطي
ينافي مقتضى العقد وكل شرط ينافي مقتضى العقد يبطل العقد **مسئلة** مفوضة البضع لا يجب
لها مهر بالعقد لما رواه منصور بن حازم قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل تزوج امراة
ولم يفرض لها صداقا قال لا شيء لها من الصداق فان كان دخل بها فلها مهر نسائها
قال قدس الله سره نعم لو تزوج الولي مفوضة او بدون مهر المثل صح وقيل يثبت مهر
المثل بنفس العقد وفيه اشكال ينشأ من اعتبار المصلحة المنوطة بنظر الولي فيصح التفويض
وبدونها يبطل **اقول** هنا مسئلتان آ اذا زوج الولي المجبر مفوضة صح النكاح لانه
ليس من شرطه ذكر المهر والبحث في التفويض وقال الشيخ لا يصح لانه يملك بعقد معاوضة
فلا يكون للولي اخلاؤه عن العوض كساير المعاوضات قوله وقيل يثبت مهر المثل اشارة
الى قول الشيخ انه اذا افسد التفويض وصح النكاح يثبت مهر المثل بنفس العقد والا لزم
صحة التفويض لانه معناه ويحتمل صحة التفويض بما ذكره المصنف ويتفرع على الاحتمالين
ما اذا طلقها قبل الدخول فانه يجب على وجوب مهر المثل بنفس العقد نصف مهر المثل وعلى صحة
التفويض المتعة ب اذا زوجها بدون مهر المثل وتقدم البحث فيه **قال**
قدس الله سره والاعتبار في مهر المثل بحال المراة في الحال والشرف ما لم يتجاوز مهر السنة
وهو خمسمائة درهم فان تجاوز رد اليها وهل المعتبر الانساب العصبات او الاقارب
مطلقا اشكال **اقول** هنا مقدمة وهي ان الفقيه يجب عليه ان يعرف مهر المثل
على وجه كلي قانوني لانه يبحث عنه في مواضع منها وطي الشبهة ووطي المكرهة ومفوضة
البضع والتفويض والتسمية الفاسدة ومنها التقسيط عليه وكذلك ذكره المصنف
وهو القدر الذي يقتضي عقل المعاش بذله في مقابلة نكاح مثل المراة من غير زيادة ونقصان

وقد ذكر المصنف لضابطه امورًا آ الجمال ب الشرف واقتصر عليهما المفيد رحمه الله و
قال ابو الصلاح السن والجمال والتحصين ج النسب والاجود انه الركن الاعظم فيه ثم
اختلف الاصحاب في النسب المعتبر فقال الشيخ في الخلاف والمبسوط المعتبر الاقارب مطلقًا كالام
والاخت ومن يتوفى جنبتها وقال ابن حمزة يعتبر نساء اهلها من كلى الطرفين الاقرب فالاقرب وقال
ابن البراج المعتبر قرابة الاب من الاناث على ترتيب العصبات احتج الشيخ برواية عبد الرحمن بن
عبد الله عن الصادق عليه السلام في رجل تزوج امراة ولم يفرض لها صداقها ثم دخل بها قال لها
صداق نسائها والنساء شامل للعصبات وغيرها د قال الشيخ في المبسوط كل امر يختلف المهر
لاجله فانه يعتبر به وقال ابن حمزة يعتبر كلما يختلف المهر لاجله من العقل والحمق والجمال والديانة واليسار
والاعسار والبكارة والثيوبة وصراحة النسب وضدها ه السن واعتبرها الشيخ في المبسوط و
ابن البراج وابو الصلاح وهو حسن لاختلاف الاعراض في زيادة المهر بنقصانها ونقصانه بزيادتها
و اعتبر بعض علمائنا البلد ولم يعتبرها آخرون وهو الاقوى قال قدس الله سره
والاقرب عدم تعدي مهر السنة فيما اشبه الجناية كالنكاح الفاسد ووطي الشبهة والاكراه اقول
في تعدي المثل اقوال ثلاثة آ انه يعتبر فيه مهر المثل اي مهر السنة او زاد عليه مطلقا وهو اختيار اكثر
الاصحاب لما رواه ابو بصير عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل تزوج امراة فوهم ان
يبقى صداقها حتى دخل بها قال السنة والسنة خمسمائة درهم قال والذي في المختلف وهو غير
دال على المطلوب صريحًا ب انه لا يعتبر مطلقا لما دلت الاخبار المطلقة عليه ج اختار
المصنف هنا وبه قال ابن حمزة في الجناية فمهما تلف فلا يتقدر بمهر السنة لان المتقدر المهر وهذا
ليس بمهر بل جناية وكل متلف مضمون ليس بمثلي فضمانه بقيمته من اوجه الفرق ويحتمل ضعفا
ان لا يتجاوز مهر السنة لعموم الرواية قلت السند ضعيف والمتفق عليه في المفوضة
قال قدس الله سره ولو اتفقا على الفرض جاز وان اختلفا ففي فرض الحاكم اذا
ترافعا اليه نظر اقربه انه يفرض مهر المثل اقول منشأ النظر ان النكاح يتعلق بالزوجين
فلا مدخل لغيرهما فيه ولانه لا يجب المهر بالعقد لانه لو مات احدهما لم يجب شيء ولا يتقدر
الا بالتراضي ويتقدر بالحاكم فيهما فلا يتحقق فيهما لا يثبت الا بالتراضي ومن حيث ان الحاكم

نفير

نصب لرفع النزاع لانه به يتم نظام النوع ولانه ولي الممتنع ففرضه كفرضهما مع التعاسر وقد اختار
والدي المصنف قدس الله سره في هذا الكتاب انه يفرض بقدر مهر المثل لا يجوز الزيادة والنقصان
كما في قيم المتلفات المتلفات نعم الزيادة والنقصان يقل يسير يقع في محل الاجتهاد وهو كما يتغابن
مثله في المعاملات قال قدس الله سره ولو فرض اجنبي ودفعه اليها ثم طلقها احتمل المنع
فيرد الاجنبي لان فرض الاجنبي يوجب على الزوج مالا وليس وليا ولا وكيلا فكان وجود فرضه كعدمه
والصحة لانه يصح قضاؤه عنه فيصح فرضه اقول الصحيح عندي انه لا يصح فرض الاجنبي وقوله
يصح قضاؤه ممنوع لانه انما يصح قضاء ما وجب عليه ولا يجب بالعقد وانما يجب بالتراضي قال
قدس الله سره اما لو فرض اقل وان كان بقدر السنة فالاقوى اللزوم اقول من احكام
تعويض البضع تقدير المهر بالتراضي الا ان يفرض الزوج مهر المثل مهرا وتزوجها حسنا فيلزم و
لا يعتبر رضا المراة لعدم اجابتها اي الزيادة والنقصان هنا وكذا لو فرض ازيد عن مهر المثل
اما لو فرض اقل فاما ان ينقص عن مهر السنة اولا والاول لا يصح الا بالتراضي اجماعا والثاني
يحتمل اللزوم فيرد مهر المثل الى السنة والزيادة تبرع من الزوج ولانها لو كان النقل اليها
لم يجز لها التجاوز عن مهر السنة فلا يجوز لها طلب الزيادة مع فرض الزوج ويحتمل المنع للغير لان
الزوج ملك بضعها لامكان الاستحالة هبة البضع ولا يقدر بالتسمية فيملك ان يملك مهر المثل والفرض
عوض عنه فلا يلزمها النقص والاصح الاول وقولهم يملك ان يملك مهر المثل قلنا بل يملك
مهرا ولا يتقدر في نفسه عند التسمية فكذا عند الفرض لانه ليس اولى منها قال قدس الله
سره ولو دخل ولم يسم شيئا وقدم لها شيئا قبل كان ذلك مهرها ولا شيء لها بعد الدخول الا ان
يشارط قبل الدخول على ان المهر غيره اقول هذا القول قول الشيخين وابن البراج وسلار
وابن ادريس اعتمادا على رواية ابي عبيدة والفضيل في الصحيح عن الباقر عليه السلام في رجل
تزوج امراة فدخل بها واولدها ثم مات عنها وادعت شيئا من صداقها على ورثة زوجها فجاءت تطلبه
منهم وتطلب الميراث فقال فقال اما الميراث فلها ان تطلبه واما الصداق فان الذي
اخذت من الزوج قبل ان يدخل عليها فهو الذي حل للزوج به فرجها قليلا كان او كثيرا
اذا هي قبضته منه وقبلته ودخلت عليه فلا شيء لها بعد ذلك وقال ابن حمزة اذا دعت المراة

انه يحلف الزوج انه مهر فالقول قول الزوج مع اليمين فان حلف سقطت دعواها وان نكل
الزم لها مهرا وان رد اليمين كان له ذلك وقال والدي قدس الله سره كانت عادة العرب تحت
القديم انه مع تقديم شي وعدم النقل بكون المقدم مهرا فان اعتاد قوم ذلك حمل على العادة
والاقوى عندي انه تفويض وان قصد الدافع انه مهر كان فرضا فله حكم الفرض **الثاني**
تفويض المهر **قال** قدس الله سره وهو ان يذكر المهر على الجملة منها وتفويض تقديره الى احد
الزوجين او اجنبي على اشكال **اقول** منشاه انه نوع توكيل اذ هما قد تراضيا عليه وقد
شرطا في عقد لازم والاصل الصحة ولقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم ومن حيث
ان المهر يتعلق بالزوجين ويجوز اضافته باحدهما ولانه حكم شرعي لم يرد النص عليه **قال**
قدس الله سره ولو مات الحاكم قبله وقبل الدخول فلها مهر المثل ويحتمل المتعة بخلاف مفوضة البضع
حيث رضيت بغير مهر وقيل ليس لها احدهما **اقول** وجه الاول انه استقر عليه بالموت المهر
ولم يبين الحاكم فيرجع الى قيمة المعوض وهو مهر المثل والثاني قول الشيخ في النهاية اجراء للموت مجرى
الطلاق ولما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأة على حكمها او حكمه
فمات او ماتت قبل الدخول فقال لها المتعة والميراث ولا مهر لها ووجه الثالث انها انما يستحق
بالحكم او الدخول ولم يحصل والحصر ممنوع وقال ابن ادريس ان كان تزوجها على حكمها ومات
قبله فلا يلزم الزوج شي وان تزوجها على حكمه لزمه جميع ما يحكم به والاصح عندي قول الشيخ في النهاية

الفصل الرابع في التنصيف والعفو **مسئلة** التنصيف يملك الزوج نصف المهر
الواجب بالعقد او الفرض كالمسمى ومهر المثل مع فساد التفويض وكلما لو طلق مفوضة المهر
بعد فرضه بالطلاق قبل او ما الزمه الشارع به قبل الدخول وحكمة دقيقة هي ان النكاح ليس
بمعاوضة محضة لان ارتفاع المعاوضة قبل تسلم احد العوضين يسقط العوض الآخر لا يوجب
البعض ويسقط البعض والاصل فيه قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم
لهن فريضة فنصف ما فرضتم وقولنا بالطلاق لانه عقب استحقاق نصف ما فرضتم بالطلاق
بالفاء وهو ما آل الى العلة خلافا لبعض الشافعية حيث قال ان الطلاق يثبت له خيار الملك كالشفعة
قال قدس الله سره ولا يجب بالخلوة وان كانت تامة على راي **اقول** تقدم البحث لم...

فر

قال قدس الله سره المطلق ان كان قد دفع المهر استعاد نصفه فان كان قد
تلف فنصف مثله او نصف قيمته **اقول** بل الاولى عندي قيمة نصفه لانه نصف قيمته و
قيمة نصفه لان النصف اذا كان كملا كانت قيمته اكثر مما اذا كان منفصلة **قال** قدس الله سره وان
اختلف في وقت العقد والقبض لزمها الاقل من حين العقد الى حين التسليم وان نقص قبل رجع نحت
نصف القيمة والارش في نصف العين مع الارش **اقول** منشو القولين قوله تعالى فنصف
ما فرضتم وما المعنى الذي فهل المراد الماهية او مع جميع الاوصاف التي يتفاوت القيم بها فالثاني
على الاول والاول على الثاني وانما وجب الارش لكونه مضمونا عليها لانه مقبوض على انها لها وفي
هذه المسئلة غير ما ذكره المصنف قولان **ا** قوله في المبسوط فانه قال يخير بين اخذ نصف
العين وبين نصف القيمة ولم يذكر الارش **ب** قول ابن البراج انه ان كان النقص
من فعلها او بامر سماوي يخير بين اخذ نصفه ناقصا وبين تضمينها نصف قيمته وان كان العيب من قبل
اجنبي لم يكن له سبيل على المهر وتضمينها نصف القيمة يوم قبضه **قال** قدس الله سره ولو تعلق
به حق لازم كالرهن والاجارة تعين البدل فان صبر الى الخلاص فله نصف العين ولو قال انا
ارجع فيها واصبر حتى ينقضي الاجارة احتمل عدم الاجابة واجباره على اخذ القيمة اذا دفعتها
لانه يكون مضمونا عليها ولها ان تمنع منه الا ان يقول انا اقبضه واردّه الى المستاجر امانة او
يسقط الضمان على اشكال **اقول** هنا مسئلتان **ا** ان يقول انا ارجع واصبر الى الخلاص
ففيه احتمالان احدهما عدم الاجابة لانه مضمون على المرأة لا تعدوان ولا تخلص من الضمان
الا بقبضه او بقبض عوضه فلا بد من حصول طريق الى براءة ذمتها والا لزم الحرج في شريعة الحكم
وهو باطل بالآية وتعددت الثين يستقل الى القيمة واليه اشار بقوله ولها الامتناع اي الامتناع
من تفارقه حال غير موجب في ذمتها مع وجود المستحق غير محجور عليه فلما كان كذلك فللمستحق
عليه الزام صاحب الحق بقبضه لبراءة ذمته وهذا كاف في الدليل ويمكن ان يقال جاز ان يريد
القيمة فيضمنها فيريد التعليق وهو ضعيف لانه ضمان للزيادة ليس بسببه بل هو نسبها وهي
المانعة للعين من وجوبها له وضمانها اياها والثاني الاجابة لانه لا منافاة بين تحقق ملك الغير واسقاطها
الى الغير واستمرار الاجارة فاذا رضي بفوات المانع اجيب لوجود المقتضي وهو الآية ولا مانع

ب ولو قال انا ارجع بالعين واسقط الزمان ففي صحة اسقاط الضمان اشكال منشؤه
انه هل يصح الابراء من الاعيان المضمونة قبل القبض ام لا ومنه اشكال منشؤه دوام السبب الموجب
للضمان وهو دوام تصرفها ومن حيث انه رضي بكونه في يد المستاجر والضمان هنا مخفف بخلاف الغاصب
فيصح اسقاطه والاقوى عندي عدم الصحة لان الاسقاط لشيء ثابت في الذمة والضمان يتجدد آنا فآنا
قال قدس الله سره ولو كان البيع بخيار لها او لم تقبض الهبة او دبرت على اشكال
فيما سبق في الرجوع ودفع نصف العين وفي دفع القيمة فان دفعت القيمة ثم رجعت لم يكن له اخذ
العين اقول لا اشكال في الهبة مع عدم الاقباض والتدبير ومنشؤ الاشكال في الهبة من
حيث ان الهبة لا يتم الا بالقبض فهي كلا تصرف ومن حيث انها تصرفت تصرفا شرعيا فلا يجوز
لغيرها ابطاله وكون الهبة مشروطة بالقبض بالنسبة الى المالك ومنشؤه في التدبير ان التدبير
وصية ليس بلازم ومن حيث انه طاعة مقصودة فليس للزوج تفويتها كالزيادة المنفصلة ولان
ابطالها ضرر عليها ولتعلق حق الحرية به ولا عوض للعبد عنه والمولى له عوض عنه فكان
تقديم الاول اولى والحق عندي استحقاقه العين في القسمين لان المعتبر في الوصية ملك الميت
عند الوفاة لزوال التدبير بخروج الملك اختيارا فاستحقاقه قهرا اولى قال قدس الله سره
ويقوى الاشكال في الوصية بالعتق اقول فرق بين التدبير والوصية بالعتق لان
التدبير مثل عتق معلق ولانه يتعلق بنفس الحر غير محتاج الى ايقاع صيغة ولان التدبير
لا يبطل بزوال ملك المدبر وتجدد ملك غيره بعده بخلاف الوصية بالعتق وكذلك كل عند الشيخ
واذا احتمل بطلانه فاحتمال بطلان الوصية بالعتق اولى وان قلنا انه لا يبطل التدبير يحتمل ابطال
الوصية لضعفها ويضعف احتمال تقدمها ووجه الاحتمال تعلق حق لازم بالنسبة الى غير الموصي ووجه
ضعفه تجدد ملك غيره قهرا ووجه انه لم يخرج عن ملكه ولم يتعلق به حق لازم قال
قدس الله سره ولو كان الصداق صيدا فاحرم ثم طلق احتمل رجوع النصف اليه لانه ملك قهري
كالارث فان علينا حق الله تعالى وجب ارساله وعليه قيمة نصيبها اقول اعلم ان هذه المسألة
مبنية على اصلين احدهما ان عود نصف الصداق الى الزوج بنفس الطلاق وهو مذهب شيخنا
وكثير من الاصحاب لقوله تعالى فنصف ما فرضتم اى فلكم نصف ما فرضتم بالطلاق لقوله تعالى

ولكم

ولكم نصف ما ترك ازواجكم ولانه عقيب الطلاق يملك النصف بالقاء فلا يتاخر عنه وثانيهما ان اختيار
السبب هل هو اختيار المسبب فقال بعض المتكلمين لا وقيل بلى فعلى الاول يرجع نصف الصيد الى
ملك المحرم لانه ملك قهري وكان كالارث لان الطلاق لا يشاء لاجل الملك بل القصد
منه الفراق وعود النصف الى الزوج حكم رتبه الشارع عليه قهرا فساوى الارث وعلى الثاني
ليس له اختيار تملك الصيد مادام محرما فينتقل الى القيمة لوجود المانع والاقوى عندي الاول لان
ايجاب القيمة على المرأة مع وجود العين من غير سببها ولا تصرف منها ضرر عظيم عليها ولانه كما لو
ظهر في مبيعه عيب بعد احرام بائعه كان للمشتري الرد وليس للبائع سوى العين فكذا هنا او رد عود
الكل فلئن لا يمنع النصف اولى احب منع الصغرى وان سلمت فالفرق على التقدير هنا
مع السبب فيتفرع على عود العين اليه وجوب ارساله عليه ولا يمكن الا بارسال الكل فيتعارض
حقها وحق الله تعالى وجب تغليب حق الله تعالى هنا كما لو احرم وبيده صيد مغصوب فانه يجب
ارساله ويضمن فكذا هنا فيرسله ويضمن نصف قيمته لها وهذا هو الاصح عندي ولما لم يذكر
المصنف حكم تغليب حق الادمي وحكم تساويهما وما يلزمهما ويتفرع عليها اعرضنا عنها مخافة
التطويل قال قدس الله سره ولو امهرها المدبر ثم طلق قبل تحرره بموته وقيل بينهما نصفان
والحق بطلان التدبير بالاصداق اقول الاول قول الشيخ في النهاية وابن البراج واتباعهما
بناء على مذهبهم من ان التدبير لا يبطل بتجدد ملك بعده ووجه الثاني لاستقرار ملك المرأة على
النصف وعود النصف اليه ووجه الثالث بطلان التدبير بالتصرفات الناقلة للملك وهو الاصح
اختاره ابن ادريس قال قدس الله سره وفي اجراء العفو مجرى الهبة نظر اقول
اذا كان المهر في ذمة احدهما صح من الاخر العفو بلفظه وبلفظ الابراء وبلفظ الاسقاط وبلفظ الهبة
ولا يشترط قبول من عليه واما من في ذمته فلا يصح بلفظ واحد منها فالطريق ان يتملكه ويملكه
بصيغة صحيحة ويقبل صاحبه ويقبضه فانه ابتداء هبة منه وان كان المهر عينا فالتبرع فيها
هبة وان كانت في يد المتبرع فلا بد من الايجاب والقبول والقبض وان كانت في يد الاخر
فهو هبة من المال في يده فالكلام هنا في صيغة الايجاب واعتبار القبول والقبض ايضا
فيصح بلفظ الهبة اجماعا ولا يصح بلفظ الابراء اجماعا وهل يصح بلفظ العفو وينزل منزلة الهبة الاصح

لانه لا مجال له في الاعيان كلفظ الابرا وقيل يصح لقوله تعالى فنصف ما فرضتم الا ان يعفون او يعفوا
الذي بيده عقدة النكاح وهو عام في الدين والعين وفي وجه الدلالة نظر اذ المراد فعل
المعنى وهو حصول الملك المعفو عنه ولم يقصد بهذه العبارة المعينة ولا البعث اجماعا وسماه عفوا
اشارة الى حصول الفضل من العفو والفعل له صيغة شرعية فالمراد على وجه يصح كما لو قال ملكه
هذا واعلم انه الى هذا المعنى اشار المصنف قدس الله سره في قوله اذا عفى احد الزوجين عن حقه
الدين او العين واما ب فلا بد من القبول واما ج فاما ان يكون في يد الواهب او
الموهوب منه والبحث في كل واحد كما هو في الهبة فلينظر في موضعه من كتاب القواعد او
غيره من مصنفات امام المجتهدين والدي قدس الله سره والبحث فيما يلزمه ويتفرع عليه
طويل وليس يليق بهذا الكتاب **قال** قدس الله سره والذي بيده عقدة النكاح وهو
الاب او الجد المعفو عن بعض حقها لا جميعه قيل ومن تولية امرها وليس لولي الزوج العفو عن حقه مع
الطلاق **اقول** ليس الذي بيده عقدة النكاح الزوج خلافا لاحمد واصحاب الراي وسعيد
بن المسيب لانه تعالى ذكر عفو النسا عن نصيبهن فينبغي ان يكون عفو الذي بيده عقدة النكاح
عنه لكون المعفو عنه في الموضعين واحدا ولانه تعالى بدا بخطاب الازواج على المواجهة بقوله
وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن ثم قال او يعفوا الذي بيده عقدة النكاح وهذا خطاب عن حاضر
فيعادله وفيه نظر لان العدول عن خطاب الحاضر الى خطاب الغايب والمعبر عنه واحد جاء في
فصيح اللغة ويؤكده قوله تعالى حتى اذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة وغير
ذلك من الايات والاول هو المشهور بين الاصحاب وهو اختيار الشيخ الطوسي لان الولي
بعد الطلاق هو الذي بيده عقدة النكاح وهو الاب والجد والاخر قول بعض الاصحاب
ومنشأ القولين ان قوله تعالى او يعفوا الذي بيده عقدة النكاح هل المراد به الذي بيده بالاصالة
او مطلقا لان المراة اذا كانت بالغة رشيدة يكون مطلقا بعفو وليها هذا اذا كانت الوكالة
مطلقة ولو نص في الوكالة على ذلك جاز قطعا **قال** قدس الله سره لو اصدقها نخلا فا
ثمرت في يدها فطلقها قبل الجداد لم يكن له الثمرة فان بذلت نصف المجموع لزمه قبوله على
اشكال **اقول** اذا اصدقها نخلا حوائلا ثم تجددت ثمرته في يدها وطلقها قبل الدخول

ومن

وقبل الجداد فهنا مسئلتان آ طلاقها قبل التابير وليس له اخذ نصف الطلع قهرا اجماعا لانه
زيادة حدثت على ملكها فنقول هنا مسائل ذكر المصنف هنا مسئلة منها وهي انه لو دفعت مجموع نصف
العين مع نصف الثمرة هل يلزمه القبول او له العدول الى غيره قال الشيخ في المبسوط يلزمه القبول
لانها زيادة متصلة كالسمن ولزوال العيب وهو استحقاق الغير حقا عليه واختار والدي المصنف
عدم الاجبار لاشتماله على منة لا يجب قبولها ويقوى الاول ان كلف المراة القطع مع وجود العين خروج
عن نقص الوان بشر موجب اذا المانع وهو تعلق حق الغير قد زال بذلها وسوالها **ب** بعد
التابير لم يكن له اخذ الثمرة قهرا اجماعا لكن فيه صور ذكر المصنف منها نصا واحدة وهي انه لو دفعت
اليه العين مع الثمرة هل يلزمه القبول قال الشيخ في المبسوط المذهب انه يجبر عليه لانها
زيادة متصلة بالنخل فهي كالطلع قبل ان يؤبر ولما نقلها وقال شيخنا لا يجبر عليها لانه ينفصل
ولهذا لا يدخل في بيع الاشجار ولاشتماله على المنة وهذا هو الاقوى عندي **قال** قدس الله سره
وكذا لو قطعت الثمرة وبذلت نصف العين ولا عيب بالقطع او دفعت الارش اجبر **اقول**
قوله وكذا عطف على قوله لزمه قبوله فاشتمله من غير اشكال لان هذه المسئلة اجماعية قطعية وعدم
حصول العيب اي النقصان في الاشجار او الاغصان **قال** قدس الله سره ويحتمل قويا
الرجوع في العين مشغولة بالابقاء **اقول** هذه مسئلة اختلف فيها الاصحاب وتقريرها انه بعد تجدد
الثمرة هل له ان يرجع قهرا في عين الاشجار بعد تجدد الثمار بعد العقد وقبل الطلاق مشغولة بالابقاء
الى وقت الجذاذ قيل لا لانها قد لا ترضى بيده ودخوله البستان والاصح ان له الرجوع مشغولة
كما ذكر لان المقتضي موجود وهو وجود نصف ما فرض فيدخل تحت الاية وانتفاء المانع
اذ لا ضرر على المراة في ابقاء الثمرة الى الجذاذ وحكم يده في اليد كساير الاملاك الشايعة وليس
للمراة اجباره على اخذ نصف الاشجار دون الثمار وابقائها الى الجذاذ لان حقه في الاشجار
الخالية فلا يلزمه باخذ الرجوع ولا الصبر على الابقاء مجانا لانه انقص مما فرض **قال**
قدس الله سره ولو ولدت الجارية او نتجت الشاة في يد الزوج فالولد لها خاصة فان
تلف الولد بعد المنع من التسليم والمطالبة او نقص ضمن والا احتمل الضمان لانه تولد من
اصل مضمون فاشبه ولد المغصوبة وعدمه لانه امانة ولو نقصت الام اخذت النصف وارشه

سواء كانت قد طالبت وامتنع او لم تطالب **اقول** وجه كونه امانة ان اليد ليست عادية
ولا هو معقود عليه سند كالمبيع قبل قبضه فصار كما لو اطارت الريح ثوبا في منزله وهذا هو الاصح
عندي **قال** قدس الله سره ولو اصدقها امة حاملا فولدت رجع بنصف الولد ويحتمل عدمه
لانه زيادة ظهرت بالانفصال **اقول** اذا اصدقها امة حاملا ودخل الحمل اما بشرط دخوله كمذهب
والدي المصنف قدس الله سره او تقدم اشتراط خروجه كالاطلاق كمذهب الشيخ الطوسي ثم طلقها قبل
الدخول فان كان قد طلقها وهي حامل بعد فله نصفها حاملا قطعا وان طلقها وقد ولدت فالكلام
في الولد وفي الام فوالدي المصنف عليه السلام لم يذكر حكم الام لما ياتي واما الولد فقد ذكر
فيه احتمالين احدهما رجوعه بنصف العين لانه اصل داخل لانه نقص الحمل وتفرد بالملك كما لو
اذن مولى الامة في النكاح دون صورة الحمل فانه يكون الولد لمولى الاب فله نصف الام ونصف
الولد لانهما معا المفروض وقال تعالى فنصف ما فرضتم وثانيهما انه زيادة ظهرت بالانفصال على ملكها لان
قبله لم تفرد بالتقويم وقال الشيخ فلم يعرف ملكيته ولم يقابله قسط من الثمن فالزيادة على القولين
ظهرت في ملكها فيكون للزوج ارش ما بين كونها حاملا ومحضا لانه قد احتمل اذ لا تقوم بانفراده
وهذا هو الاصح عندي والى هذا اشار بقوله ويحتمل عدمه لا الى انه لا شيء للزوج بسبب الولد واما
الام فله نصفها عند الكل فان جبرنا التفريق غرمت له نصف القيمة والا فلا **قال**
قدس الله سره **ب** لو اصدقها حليا فكسرته واعادت صنعة اخرى فهو زيادة و
نقصان فلها الخيار وان عادت تلك الصنعة احتمل اعتبار رضاها لانها زيادة حصلت
باختيارها فان ابت فله نصف قيمته مصوغا ويحتمل مثل وزنه ذهبا وقيمة الصنعة **اقول**
اذا اصدقها حليا فكسرته ثم اعادته حليا ثم طلقها الزوج قبل الدخول فاما ان يكون قد
صاغته على صورة مخالفة للاولى او مماثلة فالقسم الاول قد ذكر المصنف حكمه ومبنى
المسئلة وامثالها على قاعدة هي ان كلما نقص المهر تخير الزوج في نصف العين والقيمة
وكلما زاد صفة تخيرت المراة في نصف العين والقيمة وان زاد ونقص بوجهين فلم يتم التعارض
في اختيار العين المراة وفي اختيار القيمة الرجل ولا نزاع في اختيارا احدهما العين ولا في
القيمة والى هذا اشار بقوله فلها الخيار واما القسم الثاني وهو ما اذا اعادت مثل تلك الصنعة

التي

التي كانت فقولان احدهما انه يرجع الزوج الى نصف العين وان لم ترض الزوجة لانه
بالصفة التي كان عليها يوم الاصداق والتسليم اليها وثانيهما انه لا يرجع الا برضاها لان
الصنعة المعادة حدثت عندها والموجود قبلها كان مثلها لا عينها والزيادات الحادثة
عند الزوجة تمنع الرجوع القهري قالوا لو هزلت الجارية التي جعلت مهرا في يدها ثم سمنت
يرجع الى نصفها وان لم ترض ويجزم متفق عليها فكذا هنا اذ لا فارق ولان الحكم في الاصل ممنوع
والاتفاق غير مسلم ولو سلم فالفرق ظاهر فان السمن لا فعل لها فيه والصنعة عادت بفعلها
والتزامها المؤنة والى هذا الفرق اشار والدي المصنف عليه السلام بقوله لانها زيادة
حصلت باختيارها وانا **اقول** اختلف المتكلمون في امكان اعادة المعدوم
فالقائل بالامكان بنى على ان الحاصل ليس الا الاول لاتحاد الماهية والمادة واللوازم
والعوارض اذ سبب اختلافها الموضوع فلو كان الموجود مثلها امتنع الامتياز بوجه ما بينها وبين
مثلها فلا يعتبر رضاها وعلى القول بامتناع الاعادة فان الموجود مثلها فيحتمل عدم اعتبار
رضاها لان ضمان ذوات الامثال بالمثل واقرب الامثال ما اعدت فيه الاجزاء المادية و
تساوت الصورية والمقادير والاشكال والاقوى اعتبار رضاها لما نقلنا ولان الصنعة من
ذوات القيم وكلما كان الجزء من ليس ذوات الامثال فالكل كذلك ثم فرع على اعتبار
رضاها انها لو ابت دفع العين فماذا يجب عليها فيه احتمالان احدهما نصف قيمته اعلى مصوغا لانها
كالتالفة لعدم وجوب دفعها وفي التقويم بحث ذكره والدي في كتبه في باب الربا وثانيهما
مثل وزنه من جنسه لان الجزء المادي من ذوات الامثال فيضمنه بمثله والصوري من ذوات
القيم فيضمنه بقيمته وهي اجرة مثله او تفاوت ما بين قيمته مصوغا وغير مصوغ ولوازم هذه
المسئلة وما يتفرع عليها كثير تركناه لعدم مناسبته لهذا الوضع **قال** قدس الله سره **ج**
لو اصدق الذميان فطلق قبل الدخول بعد القبض والاسلام وقد صار خلا رجع بنصفه ويحتمل
عدم الرجوع بشيء لان الزيادة في يدها فيسقط حقه من العين وله اقل القيم من حين العقد الى حين القبض
وقد كان خمرا لا قيمة له **اقول** وجه الاول ان عين الصداق باقية وانما تغيرت بعض صفاتها
وهذا ظاهر على مذهبين للمتكلمين احدهما مذهب ابي علي وابنه حيث قالا بتساوي الذوات واختلافها

بالصفات والمذهب الثاني من نفى الصور النوعية واثبت تساوي الاجسام فجعل اختلافها بالصفات وهم
كثير من المتكلمين ووجه الثاني ما ذكره المصنف وعلى في الوجه الاول نظر لان المالية حدثت في
يده في زيادة منفصلة حصلت عنده ولان مع الزيادة المتصلة المتقومة وليس له الرجوع قهرا الى
العين وقد تقدم وكذا هنا اولى لان احداثه هي المتقومة وكلما رجع الى مثله فانه يعتبر اقل قيمتي
يوم الاصداق ويوم القبض ويرجع الى نصف الاقل منهما وهنا لم يكن الصداق مالا عند الاصداق ولا
عند الاقباض فيمتنع الرجوع الى بدل الصداق وقد بان اولوية عدم الرجوع الى عينه فهذا تقرير كلام المصنف
في وجه الاحتمال الثاني **قال** قدس الله سره فعلى الاول لو تلف الخل قبل الطلاق احتمل ان
يرجع بمثله وعدمه لا يعتبر بدل يوم القبض ولا قيمة له حينئذ **اقول** وجه الاول انه لو بقي لرجع في
نصفه فاذا تلف كان الرجوع الى مثله ووجه الثاني انه انما يعتبر بدله يوم القبض لانه يأخذ اقل
قيمتي يوم الاصداق والقبض واليه اشار بقوله يوم القبض وفي الحالين لا قيمة له لانه ليس مالا في
الحالين فيمتنع الرجوع الى بدله **قال** قدس الله سره ولو رجع خلا بعلاجها فعدم الرجوع فيه اظهر
لحدوث المالية باختيارها **اقول** العلاج من نفسه انقلاب طباعي وانما فعلها في احداث
المالية بعد ان لم يكن مالية فكان كسبا لها فمن ثم كان عدم الرجوع فيه اظهر **قال**
قدس الله سره ولو صار خلا في يده ثم طلقها فلها النصف منه ويحتمل نصف مهر المثل لانتفاء القبض
وقد ترافعوا قبله فيبطل ويجب مهر المثل **اقول** اذا صار خلا في يد الزوج ثم اسلما او احدهما
ففيه احتمالان احدهما ان لها النصف من الخل لان الزوجة تملك الصداق بالعقد ويكون بيد
الزوج بدلا عنها فكان كما لو قبضته خمرا فصار خلا في يدها الزيادة حصلت على ملكها ويحتمل
ان لها مهر المثل لانتفاء القبض وقد ترافعوا قبل القبض فلا يحكم الحاكم فيجب
مهر المثل ولان الخمر لا يصلح عوضا في نكاح ولا في غيره فلا يصلح صداقا ولا اعتبار لذكرهما اذا لم
يتصل بها القبض قبل الاسلام ولهذا لو اسلما او احدهما قبل صيرورته خلا يحكم بوجوب مهر المثل
قال قدس الله سره و لو وهبته المهر المعين او الدين عليه ثم طلقها قبل الدخول
رجع بنصف القيمة وكذا لو خلعها به اجمع ويحتمل في الابراء عدم رجوعه لانه اسقاط لا تمليك ولهذا
لو شهد اثنان بقبض الدين ثم وهبه من المدعى عليه ورجع الشاهدان غرما ولو ابرأ لم يغرما

اقول اذا ابرأته بلفظ الابراء ثم طلقها قبل الدخول ففيه احتمالان احدهما يرجع بنصف المهر
لتصرفها فيه لان الابراء تصرف في الدين واتلاف له لانه قبل الابراء يوصف بالثبوت في ذمته و
يضاف بلامه الى مالك معين وهذه الاضافة ثابتة في نفس الامر لا بمجرد فرض فارض فلولا ان يكون
تحقق ما استحال اضافته بلامه الى غيره لاستحالة تحقق الاضافة بدون المضاف فقد تصرف فيه واما
ينقل ان تصرف او اتلاف لزوال ذلك الثبوت ولا ثبوت له لغيره والثاني عدم الرجوع لانها لم تأخذ
منه مالا ولا تعلقت اليه الصداق ولا المهمة عليه فلا تضمن والاول ظاهر واما الثاني فلاستحالة
ان يستحق الانسان في ذمة نفسه شيئا فلا يتحقق نقله اليه واليه اشار بقوله لا تمليك واما الثالث
فلانه لم تحصل منها الا ازالة استحقاقها في ذمته لا غير وهو ليس باتلاف عليه قطعا ويتفرع عليه شاهدان
لو رجع الشاهدان بدين في ذمة زيد لعمرو بعد حكم الحاكم عليه وقبل الاستيفاء ثم ابرأ المشهود
عليه لم يرجع على الشاهدين بشيء فلو كان الابراء اتلافا على من في ذمته غرما له **ب**
الاستحقاق في الذمة سبب للاتلاف المستحق على المستحق عليه وهو ظاهر وما ازاله اي اعلامه سبب
لعدم الاتلاف واستدل بانه لا يضمن بالعدوان لرجوع الشاهدين بالدين بعد الابراء فلا يضمن
بغيره واجيب بعدم الثبوت اصلا فالابراء مستلزم ولا اثر للابراء وهنا بحث واشكل
قال قدس الله سره اذا وهبته المهر ثم ارتدت قبل الدخول ففي الرجوع بالجميع او النصف
نظر **اقول** فرض هذه المسألة ان يكون المهر عينا سواء وهبته قبل القبض او بعده ومنشؤ
النظر من انها ملكت كل المهر بالعقد عندنا لما تقدم وزال ملك الزوج عنه ثم ملكه ملكا
متجددا لازما بهبتها فكان كهبة الاجنبي ومن ان ملكها للنصف غير مستقر ولم يوجد
منه مانع لملكه لان ملكه لا يمنع نفسه بل عجلت له ما يستحقه بالفرقة قبل الدخول وهو ازالة لاستحقاقها
وكما لو عجل الدين قبل الحلول ولانه لو باعه بخيار للبائع ثم وهبه من البائع ولما يعلم انها عينه
لم يغرم لو رجع البائع والعين موجودة فكذا هنا ويرد منع الثاني بحصول ملكه لاستلزام اجتماع
المثلين ولا نسلم منع نفسه وفي الثاني الجهة متحدة ومختلفة فيما سلمنا ومنع حكم الاصل
في الثالث ولو سلم لم يسلم من الفارق وعلى القول بان الزوجة لا تملك الجميع بالعقد بل
النصف فحينئذ هبة الزوج ازالة لاستحقاقها لان تملك النصف الآخر بالوطي او الموت

لا يملك الزوج لاستحالة ان يملك الانسان ملك نفسه ولا نصف بازالة الاستحقاق لما تقدم والاقوى
عندي الرجوع بالجميع **قال** قدس الله سره **ح** لو وهبته النصف ثم طلقها احتمل رجوعه
بالنصف الباقي وبنصفه وقيمة الربع ولو خالعته على النصف انصرف الى ما تملكه **اقول**
هذه المسألة فرع على المسألة الاولى وهي هبة الكل فاذا قررنا ان هبة الكل لا تمنع الرجوع فهبة
النصف اولى بان لا تمنع ثم نقول الامر يرجع احتمالان آ انه له النصف الباقي لانه استحق نصف
العين بالطلاق وقد وجده فاخذه وتنحصر نسبتها في نصفها ولانه كما ثبت استحقاق العين واستقل
منها الى بدلها في الاداء فلا انتقال بالتراضي او انتفاء العين او وجود مانع والكل هنا منتف فيثبت
الرجوع في النصف **ب** الرجوع الى نصف النصف الموجود وبدل النصف الموهوب لان
الهبة وردت على مطلق النصف فيشيع وفيه نظر لا دليل له على سعفه حقه وهو ضرر عليه فيلزم
ثبوت احتمال اخر وهو تخييره بين اخذ النصف الموجود وبين التشطير المذكور فالاصح عندي
الاول ولا يحتمل تخييرهم لان الاتلاف منها مباشرة فيحكم عليها وهذا الفرع انما هو فيما اذا كان
الصداق عينا اما لو كان في الذمة برئ من الكل وجها واحدا ولهذا اورد المصنف في الدين
بلفظ الابراء وفي العين بلفظ الهبة وهذه المسألة ما اذا حال الحول على مهرهم في ملكها وهو
نصاب ثم طلقها قبل الدخول فان الزكوة على خاصها **قال** قدس الله سره **ط** لو تلف
الصداق في يدها بعد الطلاق بغير تفريط رجع ان جعلناه كالمبيع وان جعلناه كالموهوب
بعد الرجوع فلا ولو تلف في يدها بعد رجوع الكل بالفسخ فهو مضمون لان ذلك يراد العوضين
اقول هنا مسئلتان آ الصداق في يد المرأة قبل الدخول بعد الطلاق هل هو مضمون
او امانة فيه وجهان احدهما انه مضمون لان القبض اولا كان بعقد معاوضة فاذا انقطع
عقدها وارتفع فتضمنه كما اذا بقي المبيع في يد المشتري بعد الاقالة او الفسخ بالعيب واليه اشار
بقوله ان جعلناه كالمبيع ويشبه المبيع ايضا من وجه آخر وهو انه اجر لقوله تعالى واتوهن
اجورهن ويحتمل عدم الضمان لان عوض الصداق الى الزوج ليس بفسخ معاوضة اما على
القول بعدم ملكها الجميع بالعقد ابتداء فظاهر واما على القول الاخر فلانه لو عاد بالفسخ لعاد
الكل لان العوض لم يتشطر كما في البيع والاجارة لكنه ابتداء ملك حصل للزوج بسبب حادث

وهو الطلاق ويوصف بالصحة فملكه وبالبطلان فلا يملكه الا بعوض وهذا حكم الموهوب و
بدليل ليست عادته فتكون امانة فيشبه الموهوب من وجه آخر وهو انه في الآية حكم بكونه نحلة
في قوله تعالى واتوا النساء صدقاتهن نحلة والى هذين الوجهين اشار بقوله وان جعلناه كالموهوب
ب اذا رجع كل الصداق الى الزوج بالفسخ بالعيب او بردتها وهو في يدها فهو مضمون
عليها لان رجوعه هنا بفسخ معاوضة اقتضى تراد العوضين فحصل الفرق بين رد المهر هنا وبين
عود النصف بالطلاق لان عوده بالفسخ تعليل لعدم المعلول وهو ملك المهر لعدم علته وهو
العقد واما علة ملك نصفه بالطلاق فامر وجودي حادث مبني على صحة العقد الاول
فليس من عدم العلة في شيء و يتفرع الاحتمالين ما لو ادعت التلف بعد الطلاق وقال قبله
فعلى الثاني يتعارض اصلا بقاء العين وبقاء الضمان لكن بقاء الضمان مشروط ببقائه وهو سبق
التلف على الطلاق والاصل عدمه وبانتفاء اصل البقاء بنفسه فيرجح الى اصل بقاء الضمان
لانه ليس بموثر بنفسه فيقدم قولها ولا اصل لاصل البراءة هنا لان السابق على العقد
انتقض بوجود نقيضه واستحادث له سبب حادث والاصل عدمه **قال** قدس الله سره
لو دفع الاب المهر عن ولده الصغير تبرعا او باعتباره للضمان ثم بلغ الصبي فطلق قبل الدخول
رجع النصف الى الولد لانه كالهبة وكذا لو دفع عن الكبير تبرعا او عن الاجنبي على اشكال
اقول مبناه على مسئلتين آ ان قضاء دين الغير هل يستلزم دخوله في ملكه اولا
ب انه اذا دخل كان هبة والهبة للاجنبي اذا تصرف فيها الموهوب له هل للواهب
الرجوع اولا فان قلنا ليس له الرجوع هنا اولى ان لا يكون له الرجوع لانه هو الذي نقله
نقلا لازما فهو اقوى من نقل الموهوب وان قلنا ان للواهب الرجوع مع تصرف الموهوب
احتمل عدم الرجوع هنا لان المباشر للاتلاف هو الواهب فهذا توجه الاشكال في الاجنبي
واما في الولد الكبير فمنشؤ الاشكال في المسألة الاولى **قال** قدس الله سره ولو ارتد
فانفسخ النكاح ورجع الصداق الى الولد وكذا لو فسخ الولد العقد لعيب بعد الدخول وقبله
على اشكال **اقول** هذه المسائل المذكورة هنا تبتني على مقدمة هي انه اذا عقد نكاحا
لابنه الصغير المعسر على امرأة بمهر معين فانه يكون قد ملك ابنه الصغير ذلك القدر ثم جعله

مهراً او لا يتعدد عليه فيكون باول جزء من العقد ملكه وتمام المجموع اخره عند الاستحالة ان يروح الانسان
والمهر من مال غير الزوج او على ذمة غيره ابتداء اي من غير سبق استحقاق الزوج او ضمان ذلك الغير
عنه وهكذا في كل المعاوضات وكذا اذا اقضى دين غيره ملكه المقضي عنه اولا اذا تقرر ذلك
فنقول كان قد ذكر المصنف مما تقدم رجوع نصف الصداق الى الزوج قبل الدخول واشار ايضاً
الى رجوع مجموع الصداق وذكر سببه وهو الفسخ لكن ذكره ثمه بالعرض للفرق بينه وبين
الطلاق ثم ذكره هنا منفصلا في صور ثلاث آ اذا ارتدت المراة والمراد قبل الدخول وانما لم يذكره
هنا لانه ذكره ثمه ب اذا فسخ الزوج النكاح لعيب بعد الدخول والمراد اذا كانت هي
المدلسة على القول برجوعه عليها بجميع المهر فانه قول كثير من اصحابنا واما عند امام المجتهدين
المصنف فانه يرجع الا باقل ما يمكن ان يكون مهراً ج ان يفسخ الولد النكاح لعيب في
المراة قبل الدخول فانه يرجع كل المهر ويتفرع على ذلك ما اذا كان المهر من الوالد في
هذه الصور الثلاث يرجع الى الولد في هذه كلها لانه ملكه وعاوض عليه بعد ملكه فاذا بطلت
المعاوضة رجع اليه ولا يقتضي بطلانها رجوعه الى الواهب الملك اولاً كما لو اشترى له سلعة
بمال ملكه اياه ثم انفسخ البيع فانه يرجع الى الموهوب لا الى الواهب والمصنف قدس الله سره
استشكل في الصورة الاخيرة رجوعه الى الابن ومنشؤه ان الفسخ بالعيب قيل هو رفع للنكاح
من اصله فكان كفساده من الاصل لان شرط صحة العقد رضاه به وهو على تقدير اسفا
العيب فان الفسخ كشف عن ذلك والثابت على تقدير كون منفسخاً كما كان ذلك العقد بر
مستنداً الى السلامة مفيد مقيد من الاصل وكذا الرضا به واسفا الشرط يقتضي اسفاء
المشروط فظهر ان الفسخ بالعيب كاشف عن بطلانه ابتداء ولانه لو لم يقتض الاتحاد رفعه بعد
انه لم يكن فيلزم ان يترتب عليه اثره كان لازماً في وقت لا سبيل الى فسخه اذ ليس الا الفسخ ولا يؤثر
الا فيما بعد لا فيما مضى مع وجود سبب عدم لزوم التام وهو العيب وعدم الرضا به وهو باطل
قطعاً لان كلما تحقق اثره بعد وجوده وخلو من التأثير فليحقق سبب اقتضى ذلك وهذه
مقدمة قطعية بديهية ولم يتحقق الا الفسخ وهو متاخر عن عدم اللزوم فلو كان علة فيه لزم الدور
وان لم يترتب عليه اثره ولم يملك الولد فيما سبق وهو المطلوب وقيل الفسخ رفع متجدد لفرق الاصحاب

بن الذي بطل من اصله والذي يتجدد فسخه وجعلوا الفسخ بالعيب من الثاني لا الاول
فقد حصل بعد ملكه فسخ معاوضة عليه فيرجع اليه والفرق بين هذه المسئلة والمسئلتين الاولتين
اما اولا وهو الفسخ بالردة فيقول الفسخ بالردة يتجدد والعقد قبلها صحيح لازم اليها اجماعاً
فاقتضى ملك الولد لان كلما هو شرط في نفس وقوع العقد او في صحته وقوع عقد المهر هنا
فيبست في ابتدائه قطعاً والعلة في ملك الابن ابتداء العقد والملك شرط في تمامه فلا دور فاذا
بطلت المعاوضة عليه رد اليه كالبيع ب فلانه دخل والدخول مقرر للمهر وهو مسبوق
بملك الولد وبدليتها الملاف له وعوده بعدها يكون له لا للواهب ولان هذا الدخول ليس لشبهة
فهو بالعقد فقد ترتب عليه اثره ترتب الاثر الاخر وهو المهر لانه عوضه فلهذا لم يستشكل المصنف
في هاتين الصورتين واستشكل في الثالثة

الفصل الخامس في التنازع

قال قدس الله سره اذا اختلفا في اصل المهر قبل الدخول فالقول قول الزوج مع اليمين لامكان تجرد
العقد عن المهر وكذا بعده والتحقيق انه ان انكر التسمية صدق باليمين لكن يثبت عليه قبل
الدخول مع الطلاق المتعة ومع الدخول مهر المثل والاقرب انه ان ادعى عليها ان قصر عنها ثبت
ما ادعته ولو انكر الاستحقاق عقيب دعواها اياه او دعواها التسمية فان اعترف بالنكاح
فالاقرب عدم سماعه اقول هذه المباحث مبنية على مقدمة هي ان مجرد العقد لا يستلزم
ثبوت المهر لان ذكر المهر ليس بشرط في صحته لقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم
تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومع صحة المفوضة يصح العقد واذا مات قبل الدخول لم يجب
لها شيء وكلما انفك عن الشيء فليس بلازم له اذا تقرر ذلك فيقول هنا مسئلتان آ اذا
انكر الزوج اصل المهر قبل الدخول وادعته المراة فالقول قوله مع اليمين لانتفاء احد السببين
وهو الدخول وعدم العلم بسببه الاخر وهو العقد والاصل البراءة ب اذا جرى هذا الاختلاف
بعد الدخول اطلاق الاصحاب يقتضي ان القول قول الزوج ايضاً لان الدخول بالعقد
قد يتخلف عنه وجوب المهر على الزوج كما اذا زوج الاب ولده الصغير المعسر فانه وان ملكه
الولد اولاً لكنه لم يجب في ذمته ولم يستقر في ماله المستحق وكما اذا زوج العبد مولاه ثم اعتقه على
القول بان المهر في ذمة المولى ولا ينتقل الى ذمة العبد بعد العتق وكما لو كانت الزوجة هي المدلسة

على قول بعض الاصحاب يرجع بكل المهر فمجرد الدخول اعم من ثبوت المهر في ذمة الزوج ولا
دلالة للعام على الخاص وفيه نظر لان الدخول مقتض لاستقرار المهر مطلقا عندنا ومع عدم عقد
او علم عدم التسمية عند اخرين وثبوت المهر في ذمة غيره على خلاف الاصل فلا يحكم به ما لم يعلم
سببه والا لكان خلاف الاصل اصلا من غير اعتضاد بدليل وهو باطل قطعا ولاجل ذلك
عدل المصنف عن كلام الاصحاب في فصل فقال اما ان ينكر التسمية او الاستحقاق فان كان
الاول صدق مع اليمين لانه منكر ولان العقد والدخول لا يستلزمان التسمية لامكان خلوهما
عنها فاذا حلف ثبت عليه بالطلاق المتعة لقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على
المتقين واللام للملك ووصفه بانه حق تصريح بالاستحقاق ولقوله تعالى لا جناح عليكم ان
طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره
متاعا بالمعروف حقا على المحسنين ولا يرد تعلقه على المحسنين وتعليق الحكم على وصف لولا عليته
لخلا عن الفايدة دليل العلية ولا شي من الواجب كذلك ولانه لو وجب لغير المحسن وغيره لان
ذكر بعض افراد العام لا يقتضي التخصيص ومنع انحصار الفايدة في التعليل وفاعل الحسن محسن
والواجب حسن وبالدخول مهر المثل لان نسبته حكم نفي التسمية وحكمه ذلك واختار المصنف
وصاحبنا وهو ان دعواها ان قصرت عنها اي عن المتعة قبل الدخول وعن مهر المثل بعده ثبت
دعواها قال المصنف في الدرس المراد بدعواها الكلية المماثلة حسنا وثبوت دعواها باحد
الامرين وهو اما الطلاق او الدخول فان المقدرين ثبت ثبت الدعوى المماثلة حسنا لما او حيلة
المقدر امام علم احدهما فلا يحكم بثبوتها لجواز الموت قبل الدخول ولا شي ولا يحتاج الى
يمين لانه اما ان يحلف او ينكل او يرد واذا رد فاما ان يحلف او ينكل وعلى كل تقدير
ثبت دعواها لان اليمين والنكول من اي جهة كان حكم نفي التسمية او اثباتها وعلى كلا التقديرين
تقدير ثبت دعواها وقيل احلفها لها اليمين بجواز نكوله او رده فتحلف فتثبت مدعاها بنفس العقد
هذا تقرير المصنف من لفظ وان كان الثاني وهو ان ينكر استحقاقها المهر عقيب دعواها
الاستحقاق او دعواها التسمية فان اعترف بالنكاح قال المصنف اي بالوطي مع اعترافهما بالعقد
فالاقرب عدم سماعه لان الوطي بالعقد موجب للمهر لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم علق الحكم على الابتغاء

بالمال لان ان يقتضي معنى الشرط فلا تحل دونه ولانه لولاه لكان تبرعا واباحة وبضع
الحر لا يجري فيه البذل والاباحة ولان النكاح بلا مهر من خصايص النبي صلى الله عليه واله
وسلم وانفكاك الوطي بعقد عن استحقاق مهر محال والاصل وجوب المهر على الزوج الواطي
لاستحالة ان يملك عوضا بعقد وعوضه على غيره ابتداء وانما خرج عن هذا العبد لصفة العبودية
اذا زوجه مولاه وقلنا المهر على مولاه والولد الصغير المعسر اذا زوجه ابوه ولم يشرط المهر في
ذمة الولد ولا نفاه عنه وهما على خلاف الاصل ونادران مع ان الحق فيهما ان الاب يملك مما جعل
ابوه مهرا اولا وعليه اجماع محققي الاصحاب اذا عرفت ذلك فنقول العقد والوطي
به سبب موجب للمهر والاصل ان يكون على الزوج او في ماله فعلى ما اخترناه من تعلقه بثبوت ملك
الان والعبد القضية كلية لا مانع لها ولا يخلصه الا تحمل بجهة كالضمان او الاداء وعلى المذهب
الضعيف يكون ذلك الوطي سببا موجبا لا يخرج عن ايجابه الا العبودية وصغر الزوج واعساره
وتولي ابيه العقد عنه مع عدم اشتراطه على الولد وهما سببان نادران على خلاف الاصل وكل
سبب ثابت ولكن يتحقق بمجرد وجوده يحكم بأثره الا ان يثبت بدليل المانع ويكتفى في الاستدلال
على عدم المانع باصالة عدمه واذا اقر بالسبب المذكور حكم عليه بموجبه واذا احتمل ثبوته حكم
بثبوت اثره اذا لم يظهر دليل على المانع الموجب لتخلف الحكم والا لكان خلاف الاصل اصلا وهو
محال فاذا كان اقراره باطلاقه يوجب الحكم بثبوت المهر عليه فلا يسمع مجرد نفيه لانه انكار
بعد اعتراف ولان مع اثبات السبب اما ان يدعي الا مقتضا او يثبت المانع فالاول لا يسمع لان
عدم الاقتضاء منحصر في وجوب سبب نفيه فلا يسمع قبله والثاني لم يدعه كما لو قال هذا اخي لا يرث
من تركته اي فانه لا يسمع النفي بل ان ادعى مانعا احتاج الى اثباته وكان اليمين على منكره فكذا
هنا قال المصنف المراد بقولنا عدم سماعه انه لا يسمع منه النفي بل ادعى سبب زوال السبب وكان
عليه البينة فالقول قولها مع اليمين وهذا هو الحق عندي واحتمال السماع ضعيف ووجهانه يجامع
وجوبه على الزوج في الصورتين المذكورتين وفي العادة القديمة بتعليم المهر على الدخول واذا
جامع الايجاب وعدمه كان اعم منهما ولا دلالة للعام على الخاص وضعفه ظاهر مما مر ولولا
لم يمكن الاستدلال بالعمومات والظواهر النصية قال قدس الله سره ولو احلفنا في قدره

او وصفه او ادعى التسمية فانكرت قدم قوله بحرح ولو قدره بما زاد مع اليمين وليس بعيدا من
الصواب تقديم من يدعى مهر المثل فان ادعى النقصان فادعت الزيادة تحالفا ورد اليه ولو
ادعيا الزيادة عليه فالمخلف احتمل تقديم قوله لان الاكثر من مهر المثل ومهر المثل ولو ادعيا
النقصان احتمل تقديم قولها ومهر المثل **اقول** هنا مسائل آ اختلف الزوجان
في قدر المهر فالقول قول الزوج مع اليمين وهو اختيار الاصحاب لان الزوج مدعى عليه ولان
الصداق ليس عوضا حقيقة بل هو نحلة واذا اختلفا في قدر النحلة فالقول قول المنكر مع اليمين
وتساوى المستنكر وهو ما لا يتزوج مثلها في العادة وغير المستنكر وهو ما يتزوج مثلها في العادة
فيلزم من هذا انه لو قدره بما زاد مع علم بروحها به عادة كان القول قوله مع اليمين وهو اختيار
صاحب الشرايع وقال والدي المصنف رحمه الله ليس بعيدا عن الصواب تقديم قول من يدعى
مهر المثل يعني انه اذا ادعى الزوج اقل من مهر المثل وادعت هي مهر المثل كان القول قولها
مع اليمين ولو ادعت هي ازيد من مهر المثل وادعى هو مهر المثل فالقول قوله مع اليمين ووجهه ان
من يدعي مهر المثل كلامه هو الظاهر ومن يستقصر عنه خلاف الظاهر لان الظاهر كون
القول انها لا ترضى باقل منه والظاهر انه لا يرضى بالزيادة عليه ومن وافق مدعاه الظاهر
كان القول قوله لما ياتي في كتاب الدعاوى ولان مهر المثل هو الواجب بالاصل لانه يحكم به
في كل وطي وعلى قول من يجد المفوضة مع عدم تحريم الوطي وعدم التسمية اللازمة
واقول هذا مسلم مع الدخول واما قبله فلا يجب شي الا بالتسمية ولا اعتبار بغيرها فمقدم
دعواه لا يوجبها الاصالة عدم التعابن وهذا في المعاوضات الحقيقية والنكاح ليس كذلك
ثم فرع المصنف قدس الله سره على هذا الاحتمال وهو تقديم قول من يدعي مهر المثل فروعا
ثلثة احدها اذا ادعى الزوج الاقل منه وادعت الزيادة عليه فكل منهما ادعى خلاف
الظاهر وقد حرر به المدعي فيحلف كل منهما على نفيه ولانه اختلاف في صفة العقد
فيتحالفان كالبيوع وغيرها واذا تحالفا انفسخ عقد المهر لانه لا يبطل ببطلانه النكاح
واثر التحالف انفساخ عقد فقد قرر الفقهاء للصداق عقدا فيبطل المسميان الذي يدعي كل منهما
واحد منهما وبطلان التسمية موجب لثبوت مهر المثل بقوله رحمه الله فان ادعى النقصان

اي عن مهر المثل وقد ثبته وادعت الزيادة اي على مهر المثل وما بينها لو ادعيا الزيادة على مهر المثل
المختلفة كان يقول المهر مائة وتقول هي مائتان ومهر المثل خمسون وذكر المصنف رحمه الله فيه وجهين
احدهما تقديم قول الزوج لان القول قوله في مهر المثل ففي الزيادة عليه اولى وعليه اليمين على نفي الزيادة
التي يدعيها وثبت الزيادة التي اقر بها هو للزوم اقرار العقلاء على انفسهم ولا يحتاج الى يمين المراة
هنا الوجه الثاني ثبوت مهر المثل لان الاقرار اخبار عن حق سابق وليس الاقرار سببا في ثبوت
الحق بل سببه غيره ولا بد في ثبوت الحق من سبب واذا حكم الشارع ببطلان سبب الاقرار
بطل الاقرار وسبب ثبوت المهر التسمية وقد حكم الشارع ببطلان التسميتين احديهما وهي مدعاها
بيمينه والاخرى باقرار الزوجة بعدم سببها وهو كونها مستحقة العقد ولا يحتاج الزوجة في اثبات
مهر المثل الى يمين لانه ثابت على تقدير اي تسمية كانت من التسميتين وبطلانها فهو ثابت على كل واحد
من طرفي النقيض ولا يرد اتفاقهما على ثبوت زيادة مدعاه الزوج واتفاقهما على وجوب سببها
وهو التسمية والاختلاف في تعيينها فالحكم ببطلانها باطل لما ذكرنا من ان الشارع حكم ببطلان
سبب الاقرار لحكمه ببطلان كل واحد من التسميتين ومع بطلان السبب يبطل المسبب وثانيها اذا
ادعيا النقصان عن مهر المثل كان ادعت مائة وادعى خمسين ومهر المثل مائتان احتمل تقديم
قولها وهو الاقوى لانها لو ادعت مهر المثل كان القول قولها فالانقص اولى واحتمل مهر المثل
لانها احتلفا في العوض المعقود عليه فيتحالفان ويرجع الى مهر المثل كالبيوع وانما لم يذكر
التحالف هنا للاكتفاء بيمين الزوج في نفي مدعاها بالزيادة وعلل بعض الفقهاء بانه عقد لا ينفسخ
بالتحالف فلا يشرع فيه والاقوى عندي ان القول قول الزوج في كل هذه الصور **ب** اذا
اختلفا في وصف المهر كالصحيح والمكسر والجيد والردي والحلول والتاجيل او تقدير الاجل
فالقول قول الزوج مع اليمين ويحتمل ان يتحالفا لانه اختلاف في وصف عقد المهر فيؤثر في
بطلانه قول الزوج **قال** قدس الله سره ولو قال هذا ابني منها فالاقرب ثبوت مهر المثل
مع انكار النكاح او التسمية او اصل المهر او ان سكت **اقول** وجه القرب انه اقرار بوطي
يلحق النسب به بغير ملك يمين وكل بوطي بغير ملك يمين يلحق النسب به موجب للمهر فيلزم انه
اقر بوطي لغير ملك اليمين موجب للمهر والكبرى بينة واما الصغرى فلان يكون الولد منها

ليس بقيد الاعلى عن اقرار بالنكاح ورحم الى ... ويمكن ... فالنعم

في رحم المراة من غير وطي محال عادة او بعيد نادر جدا فان استدخال المني بغير مساحقه
او بمساحقه تولد عادة محال او نادر جدا بل هو الى الاحالة عادة اقرب والاقرار بالمسبب والنوادر
لم يلتفت اليها الشارع اذا عرفت ذلك فنقول هذا الاقرار موجب لمهر المثل في صور الربع
آ انكاره النكاح اي العقد ب انكار التسمية ج انكار اصل المهر د ان
يقتصر عليه [illegible] الكلام وسكت وانما قلنا مهر المثل لان منافع البضع المستوفاة مع عدم التسمية
[illegible] واجب في الاصل ولان التقدير بقدر معين سببه التسمية الصحيحة في عقد صحيح و
[illegible] منه والعام لا يستلزم الخاص فالاقرار بالوطي لا يستلزم الاقرار بالعقد ولا بالتسمية
[illegible] لا تقبل في حقه لو ادعت التسمية ولها عليه اليمين ويحتمل ثبوت اقل ما يمكن ان يكون
مهرا لانه المتيقن والزايد عليه على خلاف الاصل لا نقول يحتمل ان يكون الوطي بعقد صدر من
الا بحال صغر الواطي ونحوه وان يكون قد وقع منه على تسمية اقل من مهر المثل ولا يلزم من
انكاره الاصل او سكوته ثبوت الاكثر لامكان كذبه في انكاره التسمية ولا يجوز الزام الكاذب
بزيادة وكذا الساكت فانه لم يصدر منه الا اعتراف بلزوم الوطي والوطي يمكن وقوعه عن
عقد على اقل ما يمكن ان يكون مهرا كالحبة مثلا لانا نقول الجواب عن آ الاقرار بالفعل يوجب
ثبوت حكمه على فاعله لان ايجاب حكمه على غيره مع امكان ثبوته عليه خلاف الاصل نادر وخلاف
الاصل لا يحكم به الا بدليل يقيني او حكم الشارع بصلاحية النقل عن الاصل ولا يتوقف في
الحكم بسببه والا لزم مساواة خلاف الاصل ولا نسلم ان ما ذكره سبب نادر على خلاف الاصل
وعن ب ان كل مثبت او ناف شيئا في حقه حكم ما اقربه من نفي او اثبات ولا يعارض
ذلك امكان كذبه اجماعا ولقوله عليه السلام اقرار العقلاء على انفسهم جايز وهذا حكم اجماعي وحكم
نفي التسمية ونفي العقد مع اثبات الوطي وجوب مهر المثل فقد وجد المقتضي للحكم بوجوب مهر المثل
وانتفى المعارض اذ امكان الكذب لو قدح لم يلزم اقرار قط قوله ولا يجوز الزام الكاذب بزيادة
قلنا اذا علم كذبه لم يلزمه شي ونفس اقرار المواخذ به مع علم الكذب سبب تام في الحكم
بلزوم مقتضاه وامكان الكذب كما قررنا غير موجب للتشكيك فكيف الجزم وعن د ان
امكان صدور الوطي عن عقد على اقل ما يتملك كحبة مسلم لكن لا يقدح هذا الامكان في الحكم بوجوب

مهر المثل في المسئلة المذكورة لان كل مهر غير مهر المثل انما يوجبه التسمية في عقد شرعي واحترزنا
بقولنا كل مهر عن المتعة والعشر او نصفه في وطي الامة لكن ذكر العقد على خلاف الاصل لانه حادث
والاصل عدمه فلا يحكم به الا بدليل ويكفي في نفيه الاصل فالوطي مع عدم العلم بعقد يوجب مقررا المقتضي
الحكم بوجوب مهر المثل ولانه كلما عارض دليلا واوقف حكمه ساواه ان لم يحكم بواحد منهما فان حكم
بالعارض ترجح عليه فلو عارض امكان ثبوت العقد من غير دليل دل على اصالة عدمه لزم احد الامرين اما
كون خلاف الاصل مساويا للاصل او ارجح وهما محالان ولا يرد تعارض الاصل اصل البراءة لانه قد ثبت
خلافه فان الوطي اقتضى ثبوت مال في الذمة وزيادة مهر المثل على اقل ما يمكن العقد عليه وجب
بالاصل اذ كل من اتلف شيئا على غيره ضمنه بمثله وانما يسقط عنه بسبب حادث والاصل عدمه فمثل
هذه الاسولة لا تصدر عمن له تحصيل قال قدس الله سره ولو خلا فادعت المواقعة قبلا
فاقام البينة بالبكارة بطلت الدعوى ولا حلف للبراءة الاصلية وقيل يحلف هي لان شاهد حال
الصحيح الموافقة مع الخلوة بالحليلة اقول ذكر المصنف مستند الوجهين واقول ايضا وجه الاول
انه انكر حدوث الحادث والاصل بقاء عدمه المستند الى علم عليه وهو يتضمن ازالة الاصل بقاؤه
ايضا ومستند الثاني وجود القدرة والداعي وانتفاء الصارف اذ الاصل عدمه وانما رجح المصنف الاول
لان سبب الحكم الاول ذاتي وسبب الثاني اكثري والسبب الذاتي اقوى واولى بالحكم بالاثر
من الاكثري ولان الحكم سبقا ما علم تحققه اقوى من الحكم بتجدد متجدد لم يعلم يقينا وجود سببه
التام ولم يدل لحسنا وان كان سببه الاكثري معلوما فكيف اذا لم يعلم يقينا ايضا وجود المقدور
لا بدفيه من ترجيح القادر وهو غير معلوم الذي قد تساوي النسبة الى الداعي قوله وقيل يحلف هي هذا
قول ابن نجم وقد سبق الخلاف وتحقيق هذه المسئلة قال قدس الله سره ولو اقامت بينة بعقدين
فادعى التكرر فانكرت قدم قولها ويجب مهران وقيل مهر ونصف اقول اذا ادعت
الفين مثلا في عقدين وقعا في وقتين متغايرين كيومين مثلا واقامت البينة بهما ثبت العقدان
ولزم المهران ولا يحتاج الى التصريح بتخلل الفرقة للحكم بها بالعقد الثاني لانه موقوف عليها وثبوت
المشروط يستلزم ثبوت الشرط ولاستحالة امتناع وجود المشروط وعدم الشرط صدقا والاول
بات باقرار من يقع الثاني فان ادعى الزوج التكرار قدم قولها حملا للفظ العقد على حقيقته وهو السبب

المنع للنكاح الا على صورته لانه مجاز من باب الاستعارة وكذا الواقف يعتق عبد او اساعه
عبدًا فانه يكون اقرارًا بالملكية فلا تسمع منه دعوى صورته العارية عن المعنى الا انه مجاز من المستعار
ولا يتعرض للوطي لان المسمى يجب بالعقد عنده والاصل بقاؤه الى ان يدعي الخصم مسقطًا وهذا
اختيار المصنف وابي القاسم بن سعيد وقال جدي قدس الله سره يلزم مهر ونصف اما
عند من يوجب بمجرد العقد النصف فظاهر واما عند الاخرين فلاستلزام العقد الثاني تقدم
الفرقة عليه من العقد الاول والاصل عدم الدخول والاصل كونها منه لانه هو المالك لها وصدورها
منها نادر على خلاف الاصل واختار الشيخ في المبسوط الاول وحكى الثاني ثم قال رحمه الله وهذا اقوى
فرع لو ادعى انه لم يصبها في النكاح الاول صدق بيمينه لان الاصل عدم الاصابة ولا يطالب
من المهر الاول الا بالنصف ولو ادعى الطلاق في الثاني قبل الاصابة صدق ودفع منه بنصف
المهر الثاني **قال** قدس الله سره ولو قال اصدقتك العبد فقالت بل الجارية فالاقرب التحالف
وثبوت مهر المثل ويحتمل تقديم قوله مع اليمين **اقول** وجه الاول انه اختلاف في صفة العقد
الموجبة للاختلاف لانهما اختلفا في العوض المسمى في العقد فكان كالبيع فكل واحد منهما
منكر ما ادعاه الاخر ووجه الثاني انه منكر ما ادعته فالقول قوله مع اليمين واما المرأة فلا يمين عليها
لانها انكرت استحقاق ما اقر لها به والاصل في ذلك انه ليس بعوض حقيقي بل هو واجب بحكم
الشرع والاقوى عندي الثاني **قال** قدس الله سره ولو كان ابواها في ملكيته فقال اصدقتك
اباك فقالت بل امي فعلى الاول يتحالفان ويرجع الى مهر المثل ويعتق الاب باقراره وميراثه موقوف
اذ لا يدعيه احدهما وعلى الثاني يعتق عليها ولا شيء لها ولا ميراثه لها **اقول** هذا فرع على المسألة
المتقدمة وهي قول الزوج ان الصداق العبد وقال المرأة بل الجارية ويترتب لو كان كل واحد
ممن ادعياه ينعتق عليها لو ثبت ومثاله كما ذكر هنا فالحكم في التحالف والرجوع الى مهر المثل
وتقديم قول الزوج مع اليمين والحكم لها بالاب كما تقدم من غير تفاوت لكن يتفرع الكلام هنا في
موضعين آ العتق ذكر المصنف انه يعتق من يدعي الزوج اصداقه كالاب هنا على الاحتمالين
معًا اي احتمال التحالف واحتمال قول الزوج واختلافه خاصة واما على تقدير التحالف فلانه اقر
بانه اصدقها الاب وهو يتضمن الاقرار باعتاقه عليها لانه اقر بالعلة الموجبة اذ ملك الولد احد

اياه علة موجبة للعتق لذاته فيكون متضمنا للاقرار بالمعلول واقرار العاقل على نفسه جائز وعلى غيره
لا فمن ثم لم يحكم عليها بالملكية بل عليه وهذا كما لو قال بعتك اباك فانكر الابن وحلف فانه يحكم بعتق
الاب باقراره ويحنث عتق باقراره خاصة لم تفوت المرأة عليه شيئًا فلم تغرم واما على تقدير تقديم قول
الزوج فلاقراره وبعد يمينه يحكم الحاكم بملكها اياه والحكم بعتق الاب لا يتوقف على التحالف بل بمجرد دعواه
يحكم بعتقه فان حلف الزوج استقر رق الام وان نكل وحلفت المرأة انعتقت الام ايضًا بيمينها
لثبوت ملك الام لها بيمينها **ب** الكلام في تركة الاب وتركة الام لو سبق كما ذكرنا فهنا
مسألتان آ تركة العبد من يرثها فرق المصنف بين الاحتمالين فذكر انه على احتمال التحالف
يكون ميراثه موقوفًا لان كلا منهما ينفيه عن نفسه لنفي ملكيته اما الزوجة فتدعي انه لم يعتق بل هو
عبد من للزوج والزوج يدعي انتقاله الى ابنه وانعتاقه عليها وان ارثه لها ليس له فيه شيء وهذا ظاهر
واما على احتمال تقديم قول الزوج فللزوجة بعد يمينه المثبتة لا بمجرد النافية لانه قد حكم الشارع انه
لها وابطل قولها فكان وجود دعواها كعدمها والا لم يحل لها التصرف فيه لو لم يكن الا لها ولم يكن
كسبه لها ولخلا النكاح عن مهر او حكم الشارع بالمتضادين في واقعة واحدة مع اتحاد الموضوع و
الزمان وقال بعض قدماء الفقهاء يكون موقوفًا ايضًا لان علة ايقافه في الصورة الاولى
لو لم يكن الا اصل التحالف موقوف انكارهما اياه وهي موجودة هنا ايضًا فيوقف ميراثه وفيه
نظر لانه انما يوقف في الصورة الاولى لو لم يكن الا اصل التحالف موقوف وبينه على تقدير تقديم
قوله او نكولها كسبه لها وافترقت الصورتان **فرع** القدر الموقوف من ميراثه ما زاد
على قيمة ما ادعته مهرًا فلها اخذ قدر قيمة الجارية لاتفاقهما على استحقاقها اياه ولا اختلاف
في السبب **ب** الميراث من الام لو انعتقت الزوجة قطعًا وانما تعتق بيمينها المثبتة و
نكوله او تصديق الزوج ولو بعد بينة وهذه من المسائل المتشعبة وفروعها كثيرة اعرضنا
عنها لئلا نطول بذكرها **المقصد الثالث** في القسم والشقاق وفيه فصول
الاول في مستحق القسم **قال** قدس الله سره والقسمة بين الازواج حق على الزوج
الى قوله وقيل لا يجب القسمة الا اذا ابتدأ بها الخ **اقول** المشهور وجوب القسمة بين
الازواج ابتداء الدور والا صبرها مطلقا قال الباقر عليه السلام قسم للحرة الثلثين من ماله ونفسه

وللامة الثلث من ماله ونفسه وقال الشيخ في المبسوط لا يجب الا اذا ابتدا بها والاول
اقوى لقوله تعالى وعاشروهن بالمعروف المامور به هنا المعاشرة وكونها بالمعروف وليس هذا
الامر للمرة بل هو للتكرار اجماعا وليس في كل الاوقات اجماعا فتعين ان يكون بحسب ما يقتضيه
القسمة اذ لا قائل بالثالث ولانه عليه السلام قسم بين نسائه بالعدل بينهن والتاسي واجب لما قرر
في الاصول **الفصل الثاني** في مكانه وزمانه **قال** قدس الله سره ويجوز ان
يساكن واحدة ويستدعي الباقيات اليها فيه نظر لما فيه من التخصيص **اقول** قوله لما فيه
من التخصيص اشارة الى دليل حذف كبراه تقريره انه تخصيص لبعض وكل تخصيص لبعض
خروج عن العدل لكن العدل واجب فينتج الكبرى ويحتمل الجواز لان له ان يخلي مسكنا له منفردا
عن كل واحدة ثم يدعو ذات كل ليلة اليه في ليلتها فما المانع ان يسكن عند احديهن مع عدم
اخلاله بزمان القسم وهو الليل **قال** قدس الله سره واما الزمان فعماد القسم الليل واما
النهار فللمعاش وقيل يكون عندها ليلا ويظل عندها صبيحتها وهو مروي **اقول** الاول
هو المشهور لان المقسوم انما هو زمان الاستقرار وهو الليل لقوله تعالى هو الذي جعل لكم الليل
لتسكنوا فيه وقال عز وجل وجعلنا الليل لباسا والثاني قول ابن الجنيد لما رواه ابراهيم الكرخي
قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل له اربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في
لياليهن ويمسهن فاذا نام عند الرابعة في ليلتها لم يمسها فهل عليه في هذا اثم فقال انما عليه ان
يكون عندها في ليلتها ويظل عندها صبيحتها وليس عليه ان يجامعها اذا لم يرد ذلك والى هذه الرواية
اشار المصنف بقوله وهو مروي واعلم انه لما كان الانسان يحتاج الى زمانين الى زمان
استقرار وزمان اخر للانتشار والسعي في معاشه وكان الغرض الاقصى في القسم السكون والاستقرار
عندها لانه مظنة الاستمتاع كان القسم زمان الاستقرار وفي الاغلب هو الليل للاية وكان هو
المقسوم والنهار للانتشار والمعاش فلا يدخل في القسم وفي بعض الناس معاشهم وانتشارهم في
الليل واستقرارهم في النهار كالاتوني والحارس فينعكس الحكم فيه فيجعل القسم في النهار لا غير
ولا يخرج منها لما فيه من التعطيل واختلال نظام النوع **قال** قدس الله سره ولا يجوز ان يدخل
في ليلتها على ضرتها الا لعيادتها في مرضها فان استوعب الليلة قضى لها ايضا حقها وقيل لا

كالو

كالوزار احتسابا **اقول** الثاني قول الشيخ في المبسوط والاول هو الاقوى عندي **قال**
قدس الله سره وهل يبتدئ بالقرعة او الاختيار بنوه على الوجوب وعدمه **اقول** ان قلنا يجب
القسمة ابتداء وجبت القرعة لمن يبتدئ بها للتساوي وعدم جواز الترجيح بلا مرجح وان قلنا لا يجب
اذا ابتدا بها تخير لانه ما لم يبت عند واحدة لم يلزمه لغيرها شيء هذا لفظ المصنف واعلم ان الشيخ
في المبسوط لم يوجب القسمة ابتداء واوجب القرعة لمن يبتدئ بها اذا اراد القسمة وحكى عدم وجوب القرعة
عن قوم **الفصل الثالث** في التفاوت واسبابه ثلاثة **الاول** الحرية **قال**
قدس الله سره ويجب ان ينزل المعتق بعضها منزلة الحرة او الامة او يسقط على اشكال **اقول**
العدل بين الزوجات واجب لقوله تعالى فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم دل على ان عليه
العدل للزوجات وانه عبارة عن التسوية لان الواحدة لها عليه العدل بمعنى ايفاء الحقوق ولا يصح
قسمه بينهن وانه ليس عليه العدل في ملك اليمين والدليل قياس منقسم بين طرفي النقيض ومن
محصلات العدل واسبابه القسم فلا تفضل امراة على اخرى في القسم الا باحد امور ثلاثة الرق
في الزوجة والكفر وتجدد النكاح وبحثنا هنا في آ وهو مبني على جواز الجمع بين الحرة و
الامة في النكاح الدائم وقد ذكر في موضعه اذا عرفت ذلك فنقول الحرة في القسم ضعف ما للامة
لما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال سالته عن الرجل يتزوج بمملوكة على
الحرة قال فاذا كانت تحته امة فتزوج عليها حرة قسم للحرة مثلي ما يقسم للمملوكة ولما كان اقل
قسمة ليلة لان تبعيضها يعسر العيش كان اقل ما للامة ليلة وللحرة ليلتان وهذا راي كل من قال
بالتفاضل من علماء الاسلام اذا تقرر ذلك فنقول اذا كان بعض الزوجة حرا وبعضها مملوكا
ذكر المصنف فيه احتمالات ثلاثة آ انها تنزل منزلة الحرة لان الاية دلت على وجوب المساواة بين
الزوجات وانما خص بالنسبة المملوكة كلها اما عندنا فبالرواية المذكورة واما عند الشافعية ومن
تابعهم في هذه المسألة فلما رووه من قول النبي عليه السلام وللحرة الثلثان وللامة الثلث الحديث فيبقى
التفاوت بملك الكل ولم يحصل فيبقى على اصل التساوي بعموم الاية ب انها بمنزلة الامة
لان سبب فضل الحرة حريته الكل ولم يحصل وقد كان قبل العتق انما يستحق الثلث ولم يحصل سبب
التساوي ج التقسيط جمعا بين الادلة ولانها منع من المساواة تمام الملك ويستحق الفضل

بتمام الحرية فيوفر كل واحد من الوصفين بقدره وهو اعدل الفصل الرابع
في الظلم والقضاء قال قدس الله سره ولو وهبت ليلتها من ضرتها فللزوج الامتناع فان قبل
فليس للموهوبة الامتناع ولا لغيرهما وليس له المبيت عند غير الموهوبة او الواهبة ثم ان كانت ليلتها متصلة
بليلة الواهبة بات عندهما ليلتين والا فيحتمل الاتصال نظرا الى قرينة العدم لما فيه من تاخير الحق
اقول ومن اصالة الجواز ولان اللازم المقرر اما الترتيب فلا نسلم لزومه الفصل الخامس
في السفر بهن قال قدس الله سره وان اراد اخراج بعضهن استحب القرعة فان خرجت
لواحدة فهل له استصحاب غيرها قيل لا وله ان يسافر وحده اقول القائل بالمنع هو الشيخ في
المبسوط والا لا يسقط فايدة القرعة وقيل يجوز لانها ليست من الملزمات لان الاستصحاب تبرع
والزمان لا تستحق فيه الزوجات القسم والفرق بين تركها مع المخلفات فانه جايز اجماعا واستصحاب
غيرها ان القرعة لا يوجب تعيين من سمي المتقدم قال قدس الله سره ولو استصحب واحدة
من غير قرعة قضى اشكال اقول لا قضاء مع القرعة لان النبي عليه السلام كان
اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه فايتهن خرج اسمها اخرج بها ولم ينقل انه كان صلى الله عليه وآله اذا
عاد من السفر قضى ولو قضى لنقل مع ذكر سفره واما مع عدم القرعة فيحتمل عدم القضاء لان السفر
لا حق للنساء فيه لجواز انفراده ويحتمل القضاء لانه ظلم بالتفضيل والتخصيص مع وجوب العدل
بينهن للآية ومنشؤ الاحتمال من دلالة قوله تعالى لا تميلوا كل الميل فاذا اخص احدهن بالسفر
من غير مرجح هو القرعة ولم يقض كان قد مال كل الميل ومن ان المسافرة وان فازت بصحبته
لكن يحصل لها من المشقة بالسفر بازاء ذلك ولا يحصل لها الدعة معه كما تحصل بالحضر فلو قضى
لهن كان حظهن اوفر وهو خلاف العدل او ميل كل الميل وكلاهما منهي عنه قال
قدس الله سره ولو سافر بالقرعة ثم نوى المقام في بعض المواضع قضى للباقيات ما اقامه دون ايام
الرجوع على اشكال اقول منشؤه من حيث انه في حكم السفر الواحد لان الخروج يعقبه
الرجوع ولان السفر الذي لا يقضى سفر النية والرجوع ليس سفر النية وقد اقرع له ومن
حيث ان السفر قد انقطع بالاقامة فيكون الرجوع سفرا مبتدا ولم يقرع له وهي قضايا الوجهان
قال قدس الله سره ولو عزم على الاقامة اياما ثم انشأ سفرا اخر لم يكن عزم عليه اولا

لزمه

لزمه قضاء ايام الاقامة دون ايام السفر ولو كان قد عزم عليه لم يقض ايام السفر على اشكال
اقول منشاه من انه كالسفر الواحد ومن انقطاع الاول بالاقامة فهو سفر مبتدا من غير قرعة وفيه
الوجهان الفصل السادس في الشقاق قال قدس الله سره وهو قد يكون
بنشوز المرأة فاذا ظهرت امارة النشوز الى قوله وعظها فان رجعت والا هجرها في المضجع بان
يحول ظهره اليها في الفراش وقيل ان يعتزل فراشها اقول قال الله تعالى واللاتي تخافون نشوزهن
فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن والكلام هنا في الهجران وهو معلوم بالنص والاجماع
والمعتبر هو الهجران في المضجع واختلف في كيفيته فقال ابنا بابويه يحول ظهره اليها في المضجع
لتحقق الهجران به لان الامر المطلق مما يقبل الشدة والضعف انما يحمل على اقل مراتبه وهو ما ذكره
وقال الشيخ في المبسوط وان يعتزل فراشها والمحقق عني الرجوع الى العرف قال
قدس الله سره وتسقط نفقة الناشز فان منعت غير الجماع من الاستمتاع احتمل سقوط بعض
النفقة اقول يحتمل سقوط كل النفقة لان شرط وجوبها التمكين التام ولم يحصل ومن حيث ان
مجموع النفقة في مقابلة مجموع الاستمتاع فيقابل البعض البعض فيسقط والاصل الوجوب ومنعه لا يجب
شيء بحصوله ومنع البعض لا ينفي سقوط النفقة لان عدم مانع والاقوى عندي الاول
الفصل الرابع في الولادة والحاق الاولاد وكلام في احصانه وفيه فصول الاول
في الولادة قال قدس الله سره ويستحب ان يعق عن الذكر بذكر وعن الانثى بانثى وقيل
العقيقة واجبة اقول الاول هو المشهور بين الاصحاب والثاني اختيار المرتضى وابن الجنيد
لنا اصل البراءة احتج المرتضى بما رواه علي بن ابي حمزة عن العبد الصالح عليه السلام العقيقة واجبة
والحديث الفصل الثاني في الحاق الاولاد بالآباء ومطالبه ثلاثة الاول في اولاد
الزوجات قال قدس الله سره وعلم تجاوز اقصى مدة الحمل وهو عشرة اشهر وقيل تسعة
وقيل سنة اقول الاول قول بعض الاصحاب والثاني قول الشيخين وابن الجنيد والمرتضى
في جواب المسائل الموصليات وابن البراج والثالث قول المرتضى في الانتصار وابن حمزة وابي الصلاح
ومستند الكل مفهوم الروايات قال قدس الله سره وان تزوجت بعد العدة فاتت
به لستة اشهر من وطي الثاني فهو له وان كان لعشرة من وطي الاول ويحتمل القرعة

اقول قوله وان كان لعشر من وطي الاول يريد به على القول بان اقصى مدة الحمل سنة
وتقرير المسئلة انه اذا طلق المدخول بها فاعتدت وتزوجت ودخل الثاني ثم اتت بولد لستة اشهر
من وطي الثاني ولاقل من اقصى مدة الحمل من وطي الاول فهنا يمكن ان يكون من الاول ويمكن
ان يكون من الثاني عندنا والواقع في نفس الامر احدهما فلهذا يرجح المجتهد عنده ترجح الثاني لان
فراشه بات حقيقة الان وقال عليه السلام الولد للفراش ويحتمل القرعة لاحتمال كل واحد منهما
والاعتبار بالفراش حال الوطي وهي فراش لكل واحد منهما حال وطيه والزمان صالح لكل منهما لانه
لاقل مدة الحمل للثاني ولم يتجاوز اقصى مدة الحمل للاول والزمان مشترك بينهما فلا ترجيح الا بالقرعة وهذا
الاحتمال الاخير مذهب الشيخ في المبسوط وهو الاقوى عندي وبه افتي **قال** قدس الله سره واما
الموطوءة فان اجتمعت الشرايط الثلاثة لم يحل له نفيه عنه لكن لو نفاه انتفى بغير لعان على راي ع

اقول الشرايط الثلاثة كونها فراشا لانها موطوءة بعقد شرعي وعلم فصول الزمان المتخلل
بين الوطي والوضع عن ستة اشهر وعدم زيادته عن اقصى الحمل اذا عرفت ذلك فنقول قال كثير
من الاصحاب ينتفي بغير لعان لغلبة اطلاق لفظ الزوجة على الدائم شرعا ولهذا احمل عليه عند الاطلاق
في آية الارث وكثير من الآيات وكذا في اللعان وقال المرتضى وابو الصلاح وابن ادريس انه انما
ينتفي باللعان لانها زوجة حقيقة والا لحرمت لقوله تعالى فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون

المطلب الثاني في ولد المملوكة قال قدس الله سره ولو وطيها آخر
فجورا بعد وطي المولى فالولد للمولى فان حصلت امارة انه ليس منه لم يجز الحاقه به ولا نفيه عنه
وينبغي ان يوصي له بشيء ولا يورثه ميراث الاولاد وفيه اشكال **اقول** منشؤه الرواية وعمل
اكثر الاصحاب وقوله عليه السلام الولد للفراش ولانه لا اعتبار بامارة النفي مع العلم بوجود سبب
الانساب واعلم ان السبب المقتضي لالحاقه به اما ان يكون موجودا او لا والاول يوجب عليه وجوب
استلحاقه وتحريم نفيه وان لم يوجد لم يجز الحاقه والامارة لا تعارضه ومن حيث الرواية ضمن
استشكل المصنف ولانه ان لم يلحق به لم ينعتق لان الوصية ولم يذكروا ذلك **قال**
قدس الله سره وكذا في ملكه او تملك الوارث له اقول الاشكال هنا في موضعين آ في
تملكه للمال ولا يقال انه لو لم يكن حرا لم تصح الوصية له لان الوصية له من مالكه لولا الحرية وتصح الوصية

من المالك للمملوك بل نقول لو كان مملوكا لانتفى لاستحالة تملك الاب الابن لكن لم يجز نفيه للرواية
فلو كان مملوكا لزم ان يكون قد حكم في الواحد بحكمين متنافيين وهو باطل قطعا ولانه يلزم احد الامرين
اما عتقه من الوصية او كونه حرا لانه اما ان يكون مملوكا اولى والثاني هو الثاني والاول يستلزم الاول
لكنه منتف لانهم لم يذكروا في الرواية ذلك فيلزم تاخير البيان عن وقت الحاجة ومن حيث انه لا مملوكيه
لم يلتحق به شرعا فيكون مملوكا له **ب** في تملك الوارث له وقوله على تقدير تملك الوارث له
يريد به على تقدير كونه مملوكا فيعتق من الوصية ان صحت بان لا يكون مديونا ولو كان مديونا يستغرق
دينه ماله لم يصح الوصية او كان غير مديون فيصح له بثلث رقبته واعلم ان الاشكال في هاتين
الصورتين منشؤه الحكم بحريته اولا

الفصل الثالث في الرضاع قال
قدس الله سره بل لو تبرعت الاجنبية بارضاعه فان رضيت الام بالتبرع فهي احق والا فلا وفي سقوط
الحضانة اشكال **اقول** منشؤه من انها احق بها لا تعلقها بالارضاع ومن لزوم الحرج وما رواه
داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام انه قال في حديث طويل فان وجد الاب من يرضعه باربعة
دراهم وقالت الام لا ارضعه الا بخمسة دراهم فان له ان ينزعه منها الحديث والاقوى عندي ان
الحضانة للام

الفصل الرابع في الحضانة **قال** قدس الله سره مدة الرضاع وهي
حولان كملا ان كان ذكرا ويصير الاب بعده كذلك احق باخذه وان كانت انثى او خنثى على الاقوى
فالام احق بها **اقول** وجه القرب وجود العلة في الانثى فيها فانها لما كانت مستورة دايما والاب
يحتاج الى التبرج اكثر الوقت ناسب تسليمها الى الام ومن عدم تحقق الانوثة والحق الاول لان
حق الام ثبت والاصل بقاؤه وحق الاب متجدد لا يحكم به الا مع وجود سببه ولان الاصل بقاء
وجود الباقي وبقاء عدم الحادث فاذا لم يعلم سبب حدوثه حكم ببقاء عدمه ولان كلما علم وجود
سببه فالحكم بوجوده واجب وما لم يعلم وجود سببه وهو ممكن فقد علم تحقق سبب العلم فيجب
الحكم به الى ان يعلم وجود السبب ولان نسبة الباقي نسبة الوجوب لوجود سببه وما لم يجب الممكن
لم يوجد ونسبة الحادث اذا لم يعلم وجود سببه نسبة الامكان والحكم بثبوته بمجرد الامكان غلط
ويرد ان الزيادة على الحولين سببها الانوثة قطعا ولم تعلم وكل غير محسوس ومولود وسبب فانفكاك
العلم بوجوده دون وجوب سببه محال وما قبل الحولين مشترك **قال** قدس الله سره الى سبع سنين

من حيث الولادة وقيل الى تسع وقيل ما لم تتزوج ثم يصير الاب اولى **اقول** قوله الى هذا غاية
لقوله فالام احق بها اى بالبنت والضمير فى قوله ما لم تتزوج راجع الى الام اى ما لم تتزوج الام فاذا تزوجت
الام صار الاب احق بها فالاقوال هنا ثلاثة آ قول السبع وهو اختيار الشيخ فى النهاية وابن البراج فى
الكامل **ب** قول التسع وهو اختيار المفيد وسلار **ج** الام احق بالولد مطلقا ما لم تتزوج
وهو ساوى الذكر والانثى وهو اختيار ابن بابويه وقوله وقيل ما لم تتزوج ليس راجع الى الانثى بل الى
الولد مطلقا وهنا اقوال اخر ليست مشهورة ولا يحتاج الى ذكرها ذكرها المصنف فى
المختلف واحق الاول وهو اختيار الشيخ فى النهاية واختاره والدى هنا وفى المختلف لما رواه الصدوق
عن ايوب بن نوح قال كتب اليه بعض اصحابه كانت لى امراة ولى منها ولد وخليت سبيلها
فكتب عليه السلام المراة احق بالولد الى ان يبلغ سبع سنين الا ان تشاء المراة الحديث ونحو رواية داود
بن الحصين عن الصادق عليه السلام فاذا فطم فالاب احق به من الام الحديث حمل الاول على
الانثى والثانى على الذكر جمعا بين الاخبار ولم يجعل الحكم للمناسبة ورواية اخرى احتج الصدوق
بقول الصادق عليه السلام حين سئل عن رجل طلق امراته وبينهما ولد ايهما احق به قال المراة
ما لم تتزوج الحديث وللشيخ فى الخلاف قول آخر وهو ان الام احق الى سبع سنين ثم ان كان ذكرا
فالاب احق به وان كان انثى فالام ما لم تتزوج وهكذا الى حد البلوغ واختاره ابن الجنيد وشنع عليه ابن ادريس
لجهله بالاجماع والخلاف وماخذ الاقوال قال قدس الله سره وتساوى العمة والخالة على
اشكال **اقول** منشؤه تساويهما فى الدرجة ولهذا كانا فى مرتبة واحدة من مراتب الارث ومن
حيث ان العمة اكثر نصيبا فيكون اولى والاول قول الشيخ فى المبسوط وجعل الاخت من الاب
اولى من الاخت للام **قال** قدس الله سره والاقرب عدم اشتراط عدالتها **اقول**
وجه القرب ان الحضانة والمحنة المحلولة للنسب علمى تمام الشفقة ولانها حق ليست بولاية
على ماله فلا يشترط فيها العدالة من حيث انها امانة فلا تناط بالفاسق الفصل الخامس
فى النفقات **مقدمة** من لطف الله تعالى بعباده ان اوجب على ذوى العجز عنها والحاجة اليها على
الاغنياء الاجانب لتحصيل الثواب بالانفاق للاغنياء ولذوى الحاجات بالابتداء على حسب علمه تعالى
وحكمته ولما تعلق الخلق بوجود الكفاية فجعلها صدقات كالزكوات وغيرها من غير تعيين المحتاج



بالشخص لعمومها ولغير الاجانب معونة باسباب وتعيين منزله وعليه لمعين وجوبها من نسب او سبب
والسبب زوجية وملك فهذا الفصل مقصور على بيان هذه الانواع الثلاثة الاخيرة وبدا بالنكاح
لقوة الحاجة لوجوب قضاء الفائتة ووجوبها للمراة الغنية والفقيرة واعلم ان نفقة الزوجة واجبة
بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على
بعض وبما انفقوا من اموالهم اتفقوا على ان قوله وبما انفقوا على سبيل الوجوب وقال تعالى اسكنوهن
حيث سكنتم من وجدكم الى قوله لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله فامر
بها فى يساره واعساره لا بالجمع وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فدل على
وجوبها حال اشتغالها بولده لمنعها عن استمتاع الزوج فدلالته حال عدم اشتغالها بولادتها له اولى وقال تعالى
وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فاذا وجبت بعد الفراق فقبله اولى
وقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت
ايمانكم ذلك ادنى ان لا تعولوا معناه ان لا يكثر من تعولون فلولا وجوب النفقة لما كان لخشية
كثرة العيال تاثير اعترض بعض اهل اللغة بان معنى عال يعول جار يجور فاما كثرة العيال فيقال منه
اعال يعيل فما ذكرتموه لا يوافق اللغة ولا مقلم الآية وهو فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة ليجاب
ان الفراء نقل عن الكسائى قال سمعت من العرب من يقول عال يعول معناه كثر عياله واما السنة
فتواتر الاحاديث الدالة عليها ظاهرة لا يحتاج الى بيان واسبابها ثلاثة النكاح والقرابة والملك
فهنا فصول **الاول** فى النكاح وفيه مطالب **الاول** فى الشرائط **قال** قدس الله سره وهل
يجب النفقة بالعقد بشرط عدم النشوز او بالتمكين فيه اشكال **اقول** ينشا من عموم النص
بقلم وبمانع النشوز بالتسمية وللاجماع كان عدم المانع شرطا ومن حيث انه قد روى ان
النبى صلى الله عليه وآله وسلم تزوج ودخل بعد سنين ولم ينفق الا بعد دخوله ولقوله عليه السلام
اتقوا الله فى النساء فانهن عوار عندكم اخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن
عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف اوجب لهن اذا كن عند الرجال وهو دليل على التمكين ولان الاصل
براءة الذمة من وجوب النفقة خرج منه حالة التمكين بالاجماع فيبقى الباقى على الاصل وفيه نظر لان
اصل البراءة انما تكون حجة مع عدم دليل ينقل عنه لكن قد وجد هنا العمومات الدالة على وجوب نفقة

لا زواج والاصل عدم التخصيص واعلم انه فرق بين عدم النشوز ووجود التمكين لان الاول اعم مطلقاً
وعدم النشوز يكفي فيه اصل بقاء العدم الاصلي بخلاف التمكين وفرع المصنف على القولين فروعاً وذكر
من جملتها انه لو لم يدخل ومضت مدة استحقت النفقة فيها على الاول اذا كانت ساكتة اذ لا نشوز دون
الثاني اذ لا تمكين ومذهب والدي المصنف قدس الله سره ان التمكين هو الشرط او السبب مع العقد
الدائم وهو الاصح عندي **قال** قدس الله سره ولو كانت كبيرة والزوج صغيراً قيل لا نفقة والوجه
ثبوتها لتحقق التمكين من طرفها **اقول** الاول قول الشيخ في المبسوط وابن البراج في المهذب لان الصبي
ليس اهلاً للاستمتاع ولا للتمكين امر في حقه فان التمكين شرطه الامكان والامكان منتف ولان الاستمتاع من
جهة الفاعل اقوى منه من جهة القابل فاذا اسقط الثاني اسقط الاول والثاني قول ابن الجنيد لان
الامكان من طرفها متحقق وانما تعذر من جهته فلم يسقط كالغائب ولان الشرط اما عدم النشوز او التمكين
وكلاهما متحقق من طرفها هنا فيجب لها النفقة وهو الاقوى عندي **المطلب الثاني**
في قدر النفقة **قال** قدس الله سره ويجب سد الخلة ولا تقدير بقدر وقيل مد للرفيعة والوضيعة
من الموسر والمعسر **اقول** البحث هنا في موضعين آ في تقدير قوت الزوجة واختلف فيه
على اقوال ثلاثة آ لا تقدير لكميته بل ما يسد خلتها اي يشبعها وهو اختيار والدي قدس الله سره
وابن ادريس ب انه مد وهو رطلان وربع وهو اختيار الشيخ في الخلاف ج مدان على
الموسر ومد ونصف على المتوسط ومد على المعسر وهو قول الشيخ في المبسوط وابن البراج ب
في جنسه قال امام المجتهدين المصنف انه غالب قوت البلد فان لم يكن فما يليق بالزوج ۝ ۝ ۝
المطلب الثالث في كيفية الانفاق **قال** قدس الله سره ويملك نفقة كل يوم في
صبيحته وليس عليها الصبر الى الليل وان ماتت في اثناء النهار لم تسترد وكذا لو طلقها ولو نشزت استردت
على اشكال **اقول** ينشأ من اشتراط التمكين او عدم النشوز في جميع الزمان ولم يحصل في
ذلك اليوم ومن حيث استحقاقها بالدفع ولهذا لو ماتت او طلقت استحقت والفرق انه لم يصدر منه في
الموت والطلاق منها وهو الشرط وهو على كلام المستشكل **قال** قدس الله سره وهل الواجب
في الكسوة الامتاع او التمليك اشكال اقربه الثاني **اقول** ينشأ من ان الغاية من وجوب الكسوة
الستر وهو يحصل بالامتاع كالسكنى ولاصالة براءة الذمة من وجوب التمليك ولقوله تعالى وكسوتهن ورفع للجهالة

وتم

وتم بالامتاع وايجاب التمليك يستلزم زيادة اضمار من غير ضرورة ومن ان الامتاع بها متلف ۝
فكانت كالطعام واختار امام المجتهدين والدي المصنف قدس الله سره الثاني وهو التمليك لقوله تعالى
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن عطفها على الرزق فيكون الواجب فيهما واحداً لان قضية العطف التسوية
في الحكم المتقدم وهو في الرزق التمليك فكذا في الكسوة ولقوله عليه السلام ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن
بالمعروف واللام للتمليك **قال** قدس الله سره ولو انقضى نصف المدة سواء لبستها اولا ثم طلقها احتمل
على القول بالتمليك الشريك واختصاصها بها **اقول** على القول انها امتاع له اخذها لانها مملوكة وثبت لها
حق اللبس بسبب الزوجية وقد زالت وزوال السبب يوجب زوال المسبب اما على القول بالتمليك فيحتمل
التشريك لانها في مقابلة مجموع زمان بين ماض ومستقبل والمستقبل فات الاستحقاق لسببه فيسقط قسطه
ويحتمل اختصاصها به كما لو دفع نفقة يوم اليها ثم طلقها في نصفه ولانها ملكته والاصل بقاء ما كان
على ما كان ولانه دفعها بعد ما وجبت عليه دفعه ولانها صلة لازمة اتصل بها القبض **قال**
قدس الله سره والقول قولها مع اليمين في عدم الانفاق او عدم المواكلة ان كانت في منزله على اشكال
اقول ينشأ من تعارض الاصل وهو عدم الانفاق والظاهر وهو انها اذا كانت في منزله انه ينفق
عليها وانه يواكلها وهذا ظاهر كلام الشيخ في الخلاف والاول اختيار ابن ادريس وسيأتي في كتاب
القضاء تحقيق ذلك في تفسير المدعي واعلم ان الاستدلال بالمساكنة استدلال بما يصاحب الانفاق
غالباً مع تخلفه عنه في بعض الوقت عليه وهو غير صحيح لانه استدلال بالاعم من وجه فان قلت امارة قلت
الحكم بوجوب النفقة معلوم فلا يعارضه الظن **قال** قدس الله سره وكذا الاشكال في الفراش وآنية
آلة الطبخ والتنظيف فالواجب الامتاع **اقول** قوله وكذا عطف على قوله وهل الواجب في الكسوة
الامتاع لا آخره ومنشؤهما من ان الغاية يحصل بالامتاع وهو الحق عندي ومن وجوبه دائماً وجواز العارية
وقلة حصولها ومساواته او منافاته لتحصيلها فلا يتعلق الواجب بمثل ذلك والفرق بينه وبين
آلة الطبخ عدم وجوبها عيناً لانه لو جاءها بالطبخ لم يجب الآلة وقلة الاحتياج اليها واعتياد استعارتها
كثيراً بخلاف الفرق بين آلة التنظيف وبين الفراش **قال** قدس الله سره ولو سكنت في
منزلها ففي وجوب الاجرة نظر **اقول** ينشأ من ان السكنى من النفقة لزوجة غير ناشز وكل نفقة
للزوجة غير الناشز يجب قضاؤها فهذه يجب قضاؤها اما الصغرى فظاهرة واما الكبرى

فلعموم النص على وجوب قضاء نفقة الزوجة ومن حيث ان الظاهر تبرعها به حيث سكتت عن
منزلها من غير مطالبة بها **المطلب الرابع** في مسقطات النفقة **قال** قدس الله
سره ولو سافرت لطاعة مندوبة او في حاجة فان كان معها وجبت النفقة وان لم يكن فان كان بغير اذنه
فلا نفقة وان كان باذنه فالاقرب النفقة **اقول** وجه القرب ان السفر باذنه في حكم تمكينه و
لوجوبها بالتمكين ثم لا تسقط الا بالنشوز ولم يحصل غيره ومن حيث ان التمكين لم يوجد حقيقة والحق
عندي الاول **قال** قدس الله سره ولو ارسل المولى الامة بعض الزمان كالليل دون النهار احتمل سقوط
الجميع او ما قابل زمان المنع وكذا لو نشزت الحرة بعض اليوم **اقول** وجه الاول ان شرط وجوب كل جزء
من نفقة اليوم التمكين التام في جميع اليوم ولم يحصل فلا تجب اما المقدمة الاولى فلان نفقة اليوم لا تبعض
لانه يجب تسليمها دفعة واحدة ولا تفرق غدوة وعشية ولانه لو طلق في اثناء اليوم لم يسقط قسط الباقي
بل استحق جميع نفقته ووجه الثاني ان زمان الطاعة سبب وجوب نفقتها موجود والمانع مفقود وزمان
النشوز المانع موجود فيه فيسقط نفقته والحق عندي الاول **قال** قدس الله سره اما لو كان عن مضيق
كالنذر المطلق والكفارة فالاقرب ان له منعها الى ان يتعين عليها **اقول** وجه القرب ان حقه مضيق
والاخر موسع والمضيق مقدم على الموسع عند التعارض ومن حيث انه مبني بالاصل عن حقه وتعينه منوط
باختيارها والا لم يكن موسعا والنقل بخلافه والحق عندي الثاني واعلم انه فرق بين الصلوة والصوم
فانه ليس له منعها عن الصلوة في اول الوقت كما اختاره المصنف هنا وله منعها عن الصوم الموسع عند
المصنف وذلك من وجوه **آ** ان وقت الصلوة معين بنص القران لقوله تعالى اقم الصلوة لدلوك
الشمس الى غسق الليل وهو عام فصار كالصوم المعين **ب** ان الصلوة قبل بوجوبها في اول
الوقت ولا يجوز التاخير الا لعذر فعلى هذا القول الفرق ظاهر وعلى قولنا اول الوقت افضل اجماعا
لقوله عليه السلام اول الوقت رضوان الله واخر الوقت عفو الله وهذا عام بخلاف الصوم غير الوقت
ج ان زمان الصلوة يسير لا يستوعب اليوم بخلاف الصوم **قال** قدس الله سره ولو نذرت
قبل حاله او بعده باذنه زمانا معينا فكرمضان وان كان بغير اذنه او كان مطلقا كان له المنع فان
طلقها قبل حضور المعين فالاقوى الوجوب **اقول** وجه القوة وجود السبب وزوال المانع فيؤثر
ويحتمل عدمه لان اذنه شرط ولم يحصل **قال** قدس الله سره وكل موضع قلنا ان له المنع لو صامت

فلاقرب

٢٣٩

فلاقرب سقوط النفقة ان منعت الوطي والا فلا **اقول** لا شك في سقوط النفقة ان منعته الوطي
بل الكلام فيما اذا لم يطلب فلم يتحقق المنع فلم يوجد النشوز ولانه لو كان الصوم مانعا لزم الدور
ومن حيث ان الصوم هو عبارة عن توطين النفس على الامتناع عن المفطرات ومن جملتها الوطي
ونية هي العزم على منع الزوج عن الوطي وهذا هو النشوز واعلم ان المصنف اختار انه ان منعته
الوطي او نوعا من انواع الاستمتاع سقطت نفقتها وان عصته في ترك الاكل والشرب لا غير لم يمنع لانه
لا تعلق حقه بذلك والضابط ان كلما تعذر من التمكين منعه سقط للنفقة وعنه لا وهذا هو الاصح عندي
قال قدس الله سره وتجب النفقة للمطلقة رجعيا الا اذا حملت من الشبهة وتاخرت عدة الزوج
وقلنا لا رجعة له في الحال فلا تجب النفقة على اشكال **اقول** فرع المصنف هذه المسألة على مسألة
اخرى هي انه يملك الرجوع في مدة الحمل ام لا فان قلنا له الرجوع فالاقوى ان عليه النفقة لان النفقة عوض
التمكين المباح بالعقد وهو متحقق هنا وان قلنا ليس له الرجوع ففي وجوب النفقة الاشكال المذكور
ومنشؤه من انها مطلقة ليست في عدة رجعية وسبب النفقة التمكين في النكاح الدائم او العدة الرجعية
وكل منهما قد انتفى فينتفي وجوب النفقة اما الصغرى فنقول اما **آ** فبالطلاق فانه مزيل للنكاح
والرجعة هي جواز ان يرجع في النكاح حينئذ بالقول المحض واما **ب** فظاهر واما الكبرى فظاهرة
ولانه ممنوع من وطيها بسببها فصارت كالناشز ومن حيث انها لا تتعين عن حكم الزوجية الموجبة
للنفقة الا بخروج العدة ولم تخرج فهي في حكم الزوجة **قال** قدس الله سره والفسخ كالطلاق ان
حصل بردته وان استند الى اختيارها او الى عيبها قبل الدخول سقط جميع المهر الا في العنة والنفقة وبعده
لا يسقط المهر بل النفقة ان كانت حائلا او حاملا على اشكال الا اذا قلنا ان النفقة للحامل
اقول اذا استند الفسخ الى اختيارها فاما لحريتها او لعيب الرجل فان كان بحريتها فاما ان
يكون قبل الدخول او بعده وكذا ان كان للعيب فالاقسام اربعة **آ** ان تفسخ بحريتها قبل
الدخول فلا نفقة لها ولا مهر وان كان بعد الدخول فاما ان تكون حاملا اولا فان لم تكن حاملا سقطت
النفقة خاصة وان كانت حاملا فلها المهر والنفقة ان قلنا ان النفقة للحمل والا فالاشكال ينشأ
من عموم النص لوجوب نفقة الحامل ومن ان الفسخ صيرها اجنبية فلا نفقة لها ولا للحمل لان
البحث على هذا التقدير **ب** ان تفسخ لعيبه قبل الدخول فلا مهر لها الا في العنة فلها النصف ولا نفقة

لها اجماعاً ج ان فسخ لعيبه بعد الدخول فلها المهر ثم ان كانت حاملاً فلها النفقة ان قلنا انها
للحمل والا فاشكال مما تقدم د اذا اسند الفسخ الى عيبها فلا يخلوا اما ان يكون قبل
الدخول او بعده فان كان قبل الدخول فلا نفقة لها اجماعاً ولا مهر وان كان بعد الدخول فان لم يكن
حاملاً فلها المهر مع عدم تدليسها ومعه كما مرّ وان كانت حاملاً فلها المهر والنفقة ان قلنا انها للحمل
والا فاشكال منشؤه ما تقدم فقوله على اشكال في هذه الصور كلها واما اقول على قول الشيخ
في المبسوط ان النفقة للحمل في المطلقة البائنة يجب النفقة في هذه الصور لوجود المقتضي وهو الحمل وان
قلنا ان النفقة للحامل ثم يجب هنا لان وجوب النفقة على خلاف الاصل لحصول البينونة فاسخ النكاح
والتمكن فيه فاسخ سبب الوجوب وانما يجب النفقة للمطلقة البائن بالنص فلا يتعدى لان كما هو خلاف
الاصل يقتصر فيه على محل النص قال قدس الله سره وفرقة اللعان كالبائن فلو انفقت
على الولد المنفي باللعان ثم كذب نفسه ففي رجوعها بالنفقة اشكال اقول قال الشيخ في المبسوط
لها الرجوع عليه بالنفقة لانه ثبت حكم الحاكم بوجوب النفقة عليها لان اللعان شهادة للاية فهي
تامة قد حكم الحاكم بشهادته بوجوب النفقة عليها كالدين ثم اكذابه نفسه كالرجوع في الشهادة
بعد الحكم والرجوع في الشهادة بعد الحكم يوجب الضمان ويحتمل العدم لان نفقة القريب لا تقضى ولانه
اما ان يكون ولده اولا فان كان الثاني لم يجب القضاء وان كان الاول لم يجب القضاء لانها
انفقت من غير امره ولا اذنه فلا يجب القضاء لها ولا للولد لعدم وجوب قضاء نفقة القريب
قال قدس الله سره والمعتدة بوطي الشبهة اذا كانت في نكاح فلا نفقة لها على
اشكال اقول ينشأ من ان منع الوطي من جهتها اذ هي الموطوءة فاسخ سبب النفقة
وهو التمكن ومن حيث انها معذورة في الشبهة ولهذا سقط الحد ووجب المهر ولحق الولد وكانت
العدة كمرضها والحق انه لا نفقة واعلم انه ذكر فيما تقدم ان المعتدة الرجعية اذا وطئت بالشبهة
وقلنا بجواز رجوعه يجب لها النفقة واستشكل هنا وتلك بحكم الزوجة وهنا الزوجية
حقيقة ثابتة بالفعل لان الرجعة هي ملك ان يملك ذلك النكاح والزوج ملك النكاح بالفعل وانما
ذكره هنا تنبيهاً على ان تلك المسئلة لم يجزم بها بل هي مبنية على وجوب النفقة هنا هكذا قرر
المصنف هذه المسئلة في درسه والحق عندي انه لا نفقة لها هنا ولا في المسئلة السابقة قال

قدس

قدس الله سره وفي المتوفى عنها مع الحمل روايتان الاشهر انها لا نفقة لها والاخرى ينفق عليها من
نصيب ولدها اقول الرواية الاولى هي رواية رواها ابو الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام
في المرأة الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة قال لا وفي الحسن عن الحلبي عن الصادق عليه السلام
قال في الحبلى المتوفى عنها زوجها ينفق عليه من نصيب ولدها الذي في بطنها واعلم ان
الحق عندي ان لا نفقة لها المطلب الخامس في الاختلاف قال قدس الله سره لو
ادعى الانفاق وانكرته فان كان غائباً فعليه البينة وان فقدت حلفت وحكم لها وان كان حاضراً معها
فكذلك على اشكال اقول قد تقدمت هذه المسئلة قال قدس الله سره ولو ادعت البائن
انها حامل دفع اليها نفقة كل يوم من اوله فان ظهر الحمل والا استعيدت وفي مطالبتها بكفيل اشكال
اقول ينشأ من انها استولت على مال الغير بسبب لم يثبت بعد ومن حيث عدم ثبوت استحقاق
الرجوع عليها به ومبنى القولين ان دعوى الحمل موجبة بشرط عدم ظهور الكذب او شرط الحمل
وتصديقها لتعذر اقامة البينة وهذا مبني على ان العلم هل يكون شرطاً او جزء سبب المطلب السادس
في الاعسار قال قدس الله سره ولو عجز عن القوت بالفقر ففي تسلط المرأة على الفسخ روايتان
الاشهر العدم اقول الرواية المشهورة هي ما رواه عبد الله بن المغيرة عن السكوني عن جعفر بن
محمد الصادق عليه السلام عن ابيه عن علي عليه السلام ان امرأة استعدت على زوجها انه لا ينفق
عليها وكان زوجها معسراً فابى ان يحبسه وقال ان مع العسر يسراً وهذا قول الشيخ في المبسوط والخلاف
وابن حمزة وابن ادريس عملاً بالاستصحاب والرواية الاخرى هي رواية حماد بن عثمان وخلف بن حماد
عن ربعي والفضيل بن يسار جميعاً عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا انفق عليها ما يقيم
خلتها مع كسوة والا فرق بينهما وما روي عن ابي عبد الله عليه السلام اذا كسى الرجل امرأته ما يواري
عورتها واطعمها ما يقيم خلبها اقامت معه والا طلقها او فرق بينهما ولو اسر ولم يخرج عدتها
كان احق بها والفسخ بالاعسار اختيار ابن الجنيد ولانه لزم الضرر وهو منفي والحق الاول
لقوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان والامساك مع عدم الانفاق ليس امساكاً
بمعروف فتعين التسريح ولانه اذا ثبت الفسخ بالعنة اذا تحقق وهو عجز عن الوطي ويقوم البدن
بدونه فالعجز عن ما لا يقوم البدن بدونه اولى والاقوى الاول لاصالة بقاء النكاح ولان

النفقة ليست بركن فيه **قال** قدس الله سره ولو قلنا بالفسخ مع العجز فهل تفسخ بالعجز عن الادم او الكسوة او المسكن او نفقة الخادم اشكال **اقول** هذا تفريع على القول بالفسخ بالعجز عن النفقة ومنشأ الاشكال انه انما جوزنا الفسخ بالعجز عن النفقة لاستلزام وجوب النفقة تكليف الزوج بما لا يطاق وعدمه تعريض نفسها للاتلاف وههنا لا استلزام فلا يوجب ومن حيث الرواية الدالة على الفسخ بالعجز عن الواجب بالنفقة والعجز عن المركب يتحقق بالعجز عن بعض اجزائه والحق الاول لاصالة البقاء وعدم العلم بوجود المانع **قال** قدس الله سره ولو رضيت بالاعسار فهل لها الفسخ بعد ذلك كالمولى منها او لا كالعيب اشكال **اقول** منشؤه ان استحقاق النفقة متجدد فلا يسقط بالاسقاط الا ما وجب لا ما سيجب ومن ان الاعسار من باب العيوب فهو عيب واحد كالعنن

الفصل الثاني في نفقة الاقارب **مقدمة** القرابة الموجبة للنفقة هي قرابة العصبة ومضايفها فتجب لكل اصل وفرع لا غير له وعندي ولا قدرة له على كسب و دليل وجوبها الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فدل على وجوب نفقة الاولاد على الآباء اولا وقال تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن يعني المطلقات اذا ارضعن اولادهن وجبت لهن اجرة الرضاع والنفقة اولى ودل على وجوبها على الآباء دون الامهات مع تمكن الآباء وقال تعالى ولا تقتلوا اولادكم خشية املاق نحن نرزقهم واياكم فلولا وجوب النفقة عليه لما قتله خشية الاملاق من النفقة واما السنة فالاحاديث المتواترة والاجماع ظاهر وفيه مطلبان **الاول** من تجب النفقة عليه **قال** قدس الله سره ولا يجب على غيرهم ممن هو على حاشية النسب وليسوا على قطبه كالاخوة والاخوات والاعمام والعمات والاخوال والخالات واولادهم علوا او نزلوا وارثا كانوا او ردّ على رأي **اقول** هذا هو المشهور وقال الشيخ تجب نفقة الوارث لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف الى قوله وعلى الوارث مثل ذلك يعني مثل ما كان على الاب من النفقة وليس للمطلقات اجماعا فهو على المولود والعلة الارث فيقتضي وجوب النفقة من الطرفين لتساويهما في الارث والجواب المراد بقوله مثل ذلك لا تضار والدة بولدها كما قاله ابن عباس وقوله في التفسير حجة واعلم ان اقوال اهل العلم منحصرة في نفقة الاقارب في اقوال ثلاثة آ العصبة ومضايفها وهو قول الامامية والشافعية

ب كونه وارثا وهو قول الشيخ واحمد بن حنبل جـ كونه ذا رحم وهو قول ابي حنيفة ولم يقل به احد منا لقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض ولما رواه جابر عن النبي عليه السلام انه قال اذا كان احدكم فقيرا فليبدأ بنفسه فان فضل فعلى عياله فان كان فضل فعلى قرابته والقرابة ذو الرحم والجواب عن آ انه لا يدل على وجوب الانفاق بشيء من الدلالات الثلث فانه في الارث ولا تلازم ولا قياس وعن ب منع السند ومع صحته منع الدلالة فان قوله فان كان فضل فعلى قرابته للاستحباب والا لكان في عياله لان العيال من يجب نفقته عليه لكنه متاخر عن العيال **فائدة** المانع من الارث كالرق والكفر والقتل مانع من وجوب الانفاق **قال** قدس الله سره ويلزمه التكسب لنفقة نفسه وزوجته وهل يجب لنفقة الاقارب اشكال **اقول** ذكر المصنف في درسه في منشأ الاشكال وجوها آ ان وجوب الانفاق هل هو واجب مشروط بحصول المال او مطلق منوط بالقدرة يحتمل الثاني لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن فلم يشترط في الوجوب المال وانما شرطنا القدرة لاستحالة تكليف ما لا يطاق واسقاؤه منا باجماع الامة وكذا انه وجوب اجرة الرضاع مطلقة يدل على الوجوب المطلق وشرط القدرة لما ذكرناه هي انفاق على الولد ويحتمل الاول لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته او حيث ... السعة ولان الاصل عدم وجوب نفقة الغير خرج عنه ما دل النص والاجماع عليه فبقي الباقي على اصله ب ان النفقة من باب المساواة ولا تتحقق في الفقير ومن ان القدرة على الكسب كالغنى لقوله عليه السلام ولا لذي مرة سوي **قال** قدس الله سره وفي المنفق عليه الحاجة وهو الذي لا شيء له والاقرب اشتراط عدم القدرة على التكسب **اقول** وجه القرب ان المتمكن من الاكتساب كالغني لان في الحديث ساوى بين الغني وذي المرة السوي ولانه غير محتاج ولان الاصل عدمه ويحتمل الوجوب لانه فقير والاقوى عندي اشتراط العجز عن التكسب والمراد بالتكسب هنا التكسب اللائق به **قال** قدس الله سره ويجب على القادر على التكسب النفقة كما يجب على الغني على اشكال **اقول** هذه المسألة تقدمت وقررناها فنقول هذه المسألة مبنية على ان القدرة على السبب هل هي قدرة على المسبب ام لا اختلف المتكلمون فيه وتحقيقه قد ذكر في الكلام **قال** قدس الله سره ولو كان له اولاد موسرون تشاركوا في الانفاق ان كانوا ذكورا او اناثا ولو كانوا ذكورا واناثا احتمل التشريك اما بالتسوية او على نسبة الميراث

واختصاص الذكور اقول الكلام هنا في موضعين آ هل تجب النفقة على الاب على كل الاولاد
الذكور والاناث او على الذكور خاصة وماخذ الاحتمالين ان الخطاب بصيغة المذكر مع الاطلاق هل يختص
بالذكور ام يساوي الذكور والاناث تدخل في الاصول وايضا السبب الموجب للنفقة عليه كون كل
واحد ولدا والولد مقول بالتواطي على الذكور والاناث والتساوي في العلة يقتضي التساوي في
المعلول اي الحكم الصادر عنه ومن حيث ان الذكر مقدم في الابوة فكذا في الولد ب اذا قلنا
بالوجوب على الكل وهو الاصح عندي هل يجب على التساوي او على مراتب الارث يحتمل الثاني لانهم
يتفاوتون فيما يستحقون بها فكذا فيما يستحق عليهم بها ولقوله تع وعلى الوارث مثل ذلك دلت النفقة
على الارث فنسبت الكمية والاصح الاول لما تقدم قال قدس الله سره ولو كان له ابن موسر
واخر مكتسب فهما سواء على اشكال اقول هذا فرع على وجوب الانفاق على الفقير بالمال
الغني بالقدرة على التكسب وتقريره انه لو اجتمع ذو المال والقادر على التكسب لم يتقدم في وجوب الانفاق
ذو المال او لا بل يتساويان قال امام المحققين والدي المصنف قدس الله سره فيه اشكال
ومنشؤه وجوب الانفاق على كل واحد فيجب عليهما اذ الحكم لعلة من احدهما الاخر والاصل البقاء
ولمساواة القدرة الغنى في السببية لانا نبحث على هذا التقدير ولو جامع الغنى عينا لوجب عليهما فكذا
لو اجتمع الغني ومساويه ومن ان وجوبها على المكتسب لضرورة عدم غيره وهي منتفية هنا قال
قدس الله سره ولو كان له ام وبنت احتمل التشريك واختصاص البنت بالنفقة اقول
وجه الاول تساويهما في السبب وهو القرابة متساويان في الاثر ولان كونه ولدا مساويا لكونه والدا في
ايجاب الانفاق في الذكورة فكذا في الانوثة لانه لا مدخل الا للتولد له ومنه ويرد لو اعتبر التوليد
والعقود صنف الذكورة والانوثة لتساوي الابن والام وهو باطل ووجه الثاني ان البنت تقدم على
جد الاب والام متاخر عنه فتقدم البنت عليها المطلب الثاني في ترتيب المنفق عليهم
قال قدس الله سره ولو كان له ابوان ومعه ما يكفي احدهما تشاركا فيه وكذا لو كان اب وابن
او ابوان وابن او ولدان او ابوان وولدان ولو لم يسع به احدهم مع التشريك لكثرتهم فالوجه القرعة
ان فضل من الغذاء شي احتمل القرعة بين الجميع وبين من عدا الاول اقول وجه القرعة في
المسئلة الاولى استحالة الترجيح من غير مرجح والتشريك ناقص الغرض من شرع الحكم ومن حيث

تساويهم

تساويهم في سبب الاستحقاق والقرعة كاشفة للمستحق من غيره والكل هنا مستحقون ليس فيهم من
لا يستحق ووجه القرعة في الثانية ان الاول يستحق ايضا ومن حيث انه فضل منه فليس بمحتاج فنصيب غيره اولى
لان سبب النفقة الحاجة وغيره احوج ولانه حصل للاول ما يسد رمقه دون الباقين فلا يشاركهم في
الفاضل قال قدس الله سره ولو كان احد الاقارب اشد حاجة كالصغير مع الاب احتمل
تقديم الصغير وتقديم الاقرب على الابعد اقول وجه الاول ان علة وجوب الانفاق الحاجة
وكلما كانت العلة اقوى كان تاثيرها اقوى وكان محلها اولى بالحكم ومن حيث ان العلة النسب
ومطلق الحاجة وهما متساويان في المطلق من حيث هو هو المطلب الثاني في نفقة المماليك
قال قدس الله سره ولو عجز عن الانفاق على ام الولد امرت بالتكسب فان عجزت انفق عليها
من بيت المال ولا يجب عتقها ولو كانت الكفاية بالتزويج وجب فان تعذر الجميع ففي البيع اشكال
اقول منشاه من عموم النهي عن بيع ام الولد ومن انه به تحفظ نفسها من الهلاك المطلب الثالث
في نفقة الدواب قال قدس الله سره ويجبر على الانفاق على غيره لما كوله اللحم مما يقع
عليه الذكوة للجلد او عليه او على الذكية الا في الثاني اقول اذا تعذر البيع او لم يقبل
يجبره الحاكم على الانفاق لان الغاية الذاتية من خلق الدواب منافع اخرى غير الذبح للاكل
وبها يتم نظام النوع فلا يتعرض به الحاكم بل يجبره على الانفاق فان يخلص هو بالذبح جاز وقيل
يتخير الحاكم بين الانفاق وبين التذكية فعلى هذا يجبره الحاكم بين البيع والتذكية والانفاق والتحقيق
ان وجوب الانفاق وجوب مشروط بابقائها على ملكه فعلى هذا المعنى يجبره على الانفاق قطعا

كتاب الفراق وفيه

خمسة ابواب الباب الاول في الطلاق وفيه مقاصد

المقصد الاول في اركانه وفيه فصول الاول في المطلق قال
قدس الله سره ويشترط فيه امور اربعة الاول البلوغ فلا يصح طلاق الصبي وان كان
مميزا ولو بلغ عشرا الا على رواية ضعيفة اقول يريد رواية ابن بكير عن ابي عبد الله عليه السلام
قال طلاق الصبي اذا بلغ عشر سنين واجاب المصنف بضعف السند فان ابن بكير ضعيف
واعلم ان الشيخ في النهاية عمل بهذه الرواية وافتى بصحة طلاقه وهو اختيار المفيد في المقنعة

وعلي بن بابويه في الرسالة وابن البراج وابن حمزة وما ذكره المصنف هنا اختيار ابن ادريس وابي
الصلاح وهو الاصح عندي لما رواه الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال ليس طلاق الصبي
بشيء قال قدس الله سره نعم لو اسمع من الطلاق وقت افاقته صح الطلاق عنه اشكال اقول
منشأ من انه مجنون طلق عنه الولي لمصلحته فيصح ومن التزامه بالنكاح وقت الافاقة وجنونه
نزول فكان كالصبي الذي يتوقع البلوغ فيه ولان الاصل بقاء النكاح ولعموم قوله عليه السلام
الطلاق بيد من اخذ بالساق وهو من صح احمه طلاق الولي على خلاف الاصل جاز في المجنون المطبق
بالاجماع فيبقى الباقي على العموم قال قدس الله سره الرابع القصد وكما يصح ايقاعه مباشرة ويصح
التوكيل فيه للغائب اجماعا وللحاضر على راي اقول هذا اختيار ابن ادريس والمصنف
وهو الاقوى عندي وذهب الشيخ في النهاية الى انه لا يصح توكيل الحاضر في الطلاق وتبعه ابن البراج
وابن حمزة لما رواه سعيد الاعرج في الصحيح عن الصادق عليه السلام في رجل جعل امر امراته الى
رجل فقال اشهدوا اني قد جعلت امر فلانة الى فلان فيطلقها ايجوز ذلك للرجل قال
نعم وترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال يدل على العموم في المقال احتج الشيخ
بما رواه زرارة عن الصادق عليه السلام قال لا يجوز الوكالة في الطلاق وحملها الشيخ على الحاضر جمعا
بين الادلة لاستحالة حملها على الغائب اجماعا والجواب ان رواتنا اصح فلا تعارضها هذه الرواية
اقول قال الشيخ لا يصح لان القائل لا يكون فاعلا الا مضمنا لقوله عليه السلام الطلاق
بيد من اخذ بالساق علم صحة التوكيل مطلقا خرج وكالة غير المراة برواية سعيد الاعرج بقي
الباقي على العموم والوجه الصحة لان كلما قبل النيابة لم يعتبر فيه خصوصية النائب واستدل
بان النبي عليه السلام خير نسائه بين المقام وبين مفارقته لما نزل قوله تعالى يا ايها النبي قل
لازواجك الاية والتي بعدها واجيب بانها من خصائصه عليه السلام وسمعت قال
قدس الله سره فلو قال طلق نفسك ثلاثا فطلقت واحدة او بالعكس صحت واحدة على راي
اقول وجه الصحة في الاول ان الامر بالمجموع امر بكل واحد فان قلنا الطلاق الثلاث المرسل
يصح منه واحدة صح والا فلا لانه وكلها في طلاق باطل لا يصح منه الكل ولا جزؤه والطلقة المنفردة
يصح فلم ينفذها الوكالة لان الصحة مشروطة بكون الطلقة لا مع شيء والذي تضمنه الوكالة طلقة مع شيء

فعار

فعار او وجه الصحة في الثاني انها اذا كانت بالثلث فعلمت بالواحدة فما فعلت ما امرت بوقوع
الواحدة في المرسل وقال الشيخ في الخلاف لا يقع في المسئلتين للمخالفة وهو الاقوى عندي اما في
الاول فانه وكلها في صيغة دالة على الواحدة بالتضمن وفي وقوعها خلاف فاستعملت ما يدل على الواحدة مطابقة
وليس في وقوعها خلاف فلا يقع الواحدة لتحقق المخالفة واما في الثاني فلانه وكلها في صيغة يدل على الواحدة
بالمطابقة ويقع بالاجماع وفعلت ما فيه خلاف فلا يقع لتحقق المخالفة وينبغي بطلان ما خالفت فيه دون
غيره المقصد الثاني المحل وهي الزوجة ولها شرطان ينظمها قسمان الاول العامة
قال قدس الله سره وهي ان يكون العقد دائما والتعيين على راي الى قوله ولو طلق واحدة غير
معينة لا نية ولا لفظا قيل بطل وقيل يصح ويعين الطلاق من شاء وهو اقوى اقول اختلف
الاصحاب في اشتراط تعيين المطلقة في الطلاق فقيل باشتراطه وهو اختيار والدي المصنف في المختلف
والسيد المرتضى والمفيد والشيخ في احد قوليه وقيل لا يشترط وهو احد قولي الشيخ اختاره في المبسوط
وافتى به ابن البراج رحمه الله والمصنف هنا احتج الاولون بان الطلاق امر معين فلا بد له من محل معين
لاستحالة حلول المعين في المبهم ولان توابع الطلاق كالعدة وغيرها لا بد لها من محل معين واحتج
الاخرون بعموم النص ولان احديهما زوجة وكل زوجة يصح طلاقها وفيه نظر لمنع الكبرى واعلم
ان هذه مسئلة اصولية اختلف فيه الاصوليون فقال بعضهم بالصحة وبعضهم بالبطلان ثم اختلف
القايلون بالصحة في ان الواقع هل هو سبب مؤثر في البينونة في الحال ام له صلاحية التاثير عند التعيين
فعلى الاول يحرم الكل حتى يعين وعلى الثاني الكل زوجات يباح نكاحهن الى ان يعين فالتحريم
تبعا للتعيين ويتفرع على ذلك فروع كثيرة ليس هذا موضع ذكرها قال قدس الله سره
ولو قال هذه طالق او هذه وهذه قيل طلقت الثالثة ويعين من شاء من الاولى والثانية وهو حق
ان قصد العطف على احديهما وان قصد على الثانية عين الاولى او الثانية والثالثة اقول
في اصل هذه المسئلة نظر اذ الصيغة ليست موجودة في المخطوطة فعلى تقدير الصحة اختلف
الفقهاء في عطف الثالثة فقال بعضهم انها معطوفة على احديهما اعني المطلقة وهو قول الشيخ رحمه الله
لانه عدل عن لفظ الشك الى واو العطف فلا شك كما ان الثالثة في الشك ويكون معطوفة على الجملة
وقال بعضهم الثالثة معطوفة على الثانية لقربها وهو ظاهر واختاره ابن ادريس وعلى القول

الاول يطلق الثالثة لانها معطوفة على المطلقة ويقع الترديد بين الاولى والثانية وعلى الثاني للثالثة
حكم الثانية ان طلقت وان لم يطلق لم يطلق فيكون الترديد بين الاولى وحدها وبين مجموع
الثانية والثالثة وهذا يتفرع على عدم اشتراط تعيين المطلقة وهذا الترديد حينئذ مانع من الجمع والخلو
وقال المصنف قدس الله سره هذا يرجع الى قصده ان قصد عطف الثانية على المطلقة ثبت حكم القول
الاول وان قصد عطفها على الثانية ثبت حكم القول الثاني ولم يقل احد ان الثالثة معطوفة على
الاولى خاصة **قال** قدس الله سره ولو مات قبل التعيين اقرع ويكفي رقعتان مع المبهمة على
القولين وعلى ما اخترناه لا بد من ثالثة **اقول** القولان قول الشيخ وقول ابن ادريس اما على
قول الشيخ رحمه الله من ان الثالثة معطوفة على المطلقة وهي احديهما مطلقا سواء كانت الاولى او
الثانية فظاهر اذ الثالثة مطلقة قطعا والترديد انما هو بين الثانية والاولى فيقرع بينهما فيكفي
رقعتان مع المبهمة واما على قول ابن ادريس فلتلازم طلاق الثانية والثالثة لكونها معطوفة عليها
لقربها والتعاند في الوقوع بين طلاق الاولى والثانية لانه اوقعه في احديهما بدلا عن الاخرى
فيكتب الاولى في رقعة والباقيتان في رقعة او الثانية وحدها لانها ان خرجت طلقت الثالثة واما
على ما اختاره والدي المصنف قدس الله سره لا بد من رقعة ثالثة للاشتباه الحاصل في الثالثة
من احتمال عطفها على المطلقة او الثانية فيكتب الاولى في رقعة والثانية والثالثة في رقعة والثالثة
وحدها في رقعة ثم يخرج على الطلاق فان خرجت الاولى حكم بطلاقها وبقاء زوجية الثانية لكن
تبقى الرقعة التي فيها الثانية والثالثة ورقعة الثالثة والرقعة المبهمة فيخرج واحدة لتحقق حال
الثالثة هل هي معطوفة على الثانية او المطلقة فان خرجت الرقعة التي فيها الثانية والثالثة حكم
بعطفها عليها وهي باقية على النكاح فيكون الثالثة باقية على النكاح وان خرجت الثالثة
وحدها حكم بانها معطوفة على المطلقة وان خرجت اولا رقعة الثانية والثالثة حكم بطلاقهما وبقاء
الاولى على النكاح وانما كتبنا الثانية والثالثة في رقعة لانه كلما طلقت الثانية طلقت الثالثة
قطعا لانها اما معطوفة على الثانية او على المطلقة فان كان الناسخ نفس الامر الثاني فهي مطلقة
قطعا وان كان الناسخ نفس الامر هو الاول لزم من طلاق الثانية طلاق الثالثة ومن
بقائها بقاؤها فمحال ان يطلق الثانية والثالثة لم يطلق وان خرجت اولا رقعة الثالثة حكم بطلاقها

ج

وبقي الاشتباه بين الاولى والثانية فيخرج اخرى فان خرجت الاولى صح طلاقها وبقيت الثانية
زوجة وان خرجت الثانية والثالثة حكم بطلاق الثانية وبقيت الاولى على النكاح او يكتب
الاولى وحدها في رقعة والاولى والثالثة في رقعة والثانية والثالثة في رقعة فان خرجت الاولى
وحدها فالثالثة معطوفة على الثانية والاولى افراد رقعة اخرى فان خرجت الاولى مع الثالثة
حكمنا بطلاق الثالثة ايضا والا فهي معطوفة على الثانية وان خرجت الاولى والثالثة فالثالثة
معطوفة على المطلقة وان خرجت رقعة الثانية والثالثة علم عطفها على الثانية ايضا وقوله
فيكفي رقعتان مع المبهمة صفة الرقعة وهي الرقعة المبهمة في سائر صور القرعة **قال**
قدس الله سره ولو قال للزوجة والاجنبية احديكما طالق وقال اردت الاجنبية قبل ولو قال سعدى
طالق واسم كل منهما قيل لا يقبل لو ادعى قصد الاجنبية **اقول** الفرق بينهما ان احديهما
متواطئ وسعدى مشترك بالاشتراك اللفظي والاول صريح في ارادة الكلي والابهام واما الثاني
فلا بد وان يكون المراد واحدة بعينها لان الاصل في الاطلاق الحقيقة فلا يحمل المشترك على
المعنيين ولا على القدر المشترك فتعين المعين في نفس القائل وهو ما دلت القرينة عليه والزوجية
قرينة ظاهرة لصحة تصرف المسلم هنا فمن ثم قيل لا يقبل تفسيره بغير الزوجة وهو قول
بعض الاصحاب وقيل يقبل لانه اعرف بنيته وبه قال الشيخ في المبسوط فانه قال لا فرق بين
المسئلتين وحكم في الاولى بقبول قوله بارادة الاجنبية فيلزم من قوله انه يقبل في الثانية
قال قدس الله سره ولو قال يا زينب فقالت سعدى لبيك فقال انت طالق فان عرف ولو ظنها زينب ثم
انها سعدى ونواها بالخطاب طلقت وان نوى زينب طلقت زينب وقصد المخاطبة فالاقرب
بطلانه لان قصد المخاطبة لظنها زينب فلم يطلق ولا زينب لعدم توجه الخطاب اليها **اقول**
ويحتمل طلاق المخاطبة لانه خاطبها بالطلاق وهي زوجته **قال** قدس الله سره
هل يقع الطلاق بالمعينة من حين الايقاع او من حين التعيين الاقرب الثاني فيجب العدة من
حين التعيين **اقول** هذا يتفرع على القول لصحة الطلاق مع عدم تعيين المطلقة وتقريره
ان نقول اختلف الاصوليون في الواقع عند اللفظ فقيل هو امر صالح للتأثير في البينونة
ويؤثر بالفعل بالتعيين فيكون التعيين سببا لتبدله بالفعل وقيل الواقع هو الطلاق حقيقة

باحديهما لا بعينها والبيان كاشف وهو اختيار الشيخ الطوسي في المبسوط فعلى الاول يقع الطلاق
بالمعينة من حين التعيين وهو اختيار المصنف لان الطلاق لو وقع فاما على الكل او على واحدة
معينة او غير معينة والكل باطل اما غير الاخير فلما مر فانه اللفظ واما الاخير فلان الطلاق امر
معين فلا يحل في غير المعين لان المطلقة موجودة في الخارج ولا شيء من غير المعين بموجود في الخارج
واورد النقض بالكفارة وعلى الثاني يقع من حين الايقاع وهذا اختيار الشيخ نص في المبسوط عليه لانه
جزم بالطلاق ونجزه فلا يجوز تاخيره الا ان محله غير معين فيؤمر بالتعيين ولان التعيين بين
التي يختارها للنكاح فيكون اندفاع نكاح الاخرى باللفظ السابق كما ان المشرك فيما اذا اسلم
على اكثر من اربع لما عين من يختارها للنكاح كان اندفاع الاخريات بالاسلام السابق ورده
المصنف بان الطلاق يلزمه امور لا يتحقق الا مع تعيين المحل فلا يصح ان يحل في المبهم ويتفرع
القولين ابتداء العدة فان قلنا بوقوعه حين الايقاع فمنه تبتدئ العدة وان قلنا بوقوعه عند
التعيين لا قبله فمنه ابتداء العدة قال قدس الله سره لو وطئ احديهما وقلنا يقع الطلاق
باللفظ كان تعيينا وان قلنا بالتعيين لم يؤثر الوطي اقول هذا فرع على عدم اشتراط
تعيين المطلقة وتقريره انه اذا قال احديكما طالق ولم يعين بالنية واخر تعيينها بل ابهم لفظا
ونية وكان الطلاق بائنا ثم وطئ احديهما هل يكون الوطي تعيينا ام لا نقول ان كان الطلاق
يقع باللفظ اعني بالايقاع ولا نقول انه يقع على واحدة معينة في نفس الامر بل يقع الطلاق
على واحدة لا بعينها كان الوطي تعيينا لانه دليل لاختيار نكاح الموطوءة وهو صالح لسببية ثبوت النكاح
بعد زواله ولهذا كان رجعة واختيار نكاح احديهما بعينها يعين الاخرى للطلاق وان قلنا ان
الطلاق لا يقع الا بالتعيين لم يصح الوطي للتعيين لان التعيين يكون موقعا للطلاق او له مدخل
في ايقاع الطلاق والفعل لا يصلح لهما اما الاولى فباجماع الكل واما الثانية فباجماع الامامية
قال قدس الله سره والاقرب تحريم وطيهما معا واباحة من سامنهما اقول هذا فرع
على صحة الطلاق المبهم وتقريره ان نقول اختلف الناس في تحريم الوطي قبل التعيين
فكل من قال ان الطلاق يقع عند اللفظ بالصيغة جزم بتحريم الوطي ثم اختلفوا في كيفيته
فقال بعضهم يحرم كل واحدة منهما قبل التعيين لان الطلاق امر محرم الا انه محتمل الوقوع والمحرمة

نجهم

شبهة بالمحللة فيلزم تحريمها كما لو اشتبهت الزوجة باجنبية ولانه لو حرمت بالتعيين لم يطالب
به ورد بمنع اللازم وقال بعضهم تحريم وطيهما معا بمعنى تحريم الجمع في الوطي ويتخير في وطي ايهما
شاء لانه تحريم احترازي على التخيير وهو يستلزم تحريم الجمع والتخيير بين المعينين وهذا هو
الحق عند المصنف واعلم اني اوردت على المصنف قدس الله سره انه اختار فيما تقدم وقوع الطلاق
من حين التعيين فيلزم من ذلك انه لا تحرم احديهما قبل التعيين لعدم وجود سببه فان الطلاق
لم يقع قبله اي لم يؤثر البينونة لاستحالة تقدم المسبب على السبب وهنا قد اختار تحريم الجمع قبل
التعيين وهذان الحكمان متنافيان صدقا لا تحقيقا فاجاب رحمه الله بوجوه آ ان الفروع
مبنية على الاحتياط التام ويكفي في الحكم بالتحريم الاحتمال فالحكم بالتحريم يستند الى احتمال الوقوع
والحكم مبني على القطع ولا يحصل الا بعد التعيين ولا منافاة في الحكمين ولان في العلين اذ تحريم الزوجة
قد ثبت مع بقاء الزوجية كما في الاشباه وعدم القطع بالوقوع مع احتمال الوقوع غير متناف
ب الحكم باصل او نص باخر في صلة لا ينافي الحكم الاول لزوما شرعيا غير متناف شرعا
ج كما في تقرير النصيب ووحدة في مسائل كلقطة دار الاسلام المحكوم بحريته لا في القصاص
الاحتياط بقوى وقد مدح الله تعالى المتقين في القرآن كثيرا وقد يقتضي الاحتياط الحكم بشيء
ونقيض لازمه الشرعي بل اكثر احكامه كذلك د فهذه المسألة احتمالان الوقوع بالايقاع وبالتعيين
فعلى الحكم اشتباه وعلى الاول في المطلقة فلا يشكل هذه المسألة على اشتباه فالاحتياط يقتضي ما ذكرناه
قال قدس الله سره ولو مات قبلها ولم يعين فالاقوى انه لا تعيين للوارث ولا قرعة بل توقف
الحصة حتى يصطلحن اقول هنا مسائل آ انه هل التعيين للوارث ام لا يتفرع على القول
بانه يقع بالتعيين يكون التعيين طلاقا وكل طلاق فهو لا يقع من غير الزوج ولانه اخراج لبعض
من ساواه ان يرث وليس لبعض الورثة ذلك كما لو تمكن في السبب ذلك وعلى القول بالوقوع بالايقاع
فاما يقع بالمطلقة لا المعينة واما وقوعه بالمعينة فسببه التعيين وكان كالطلاق بالنسبة الى
المعينة فلا يقع من غير الزوج لقوله عليه السلام بيد من اخذ بالساق ب نفي القرعة وذلك
لان القرعة تبين ما هو معين في نفس الامر فهي دالة على المعينة لا السبب فعلى القول بوقوعه بالايقاع
فليست معينة في نفس الامر فاما على وقوعه بالتعيين فلان الاشيء ويحتمل ان يعين الوارث

لانه حق للميت فيرثه الوارث لعموم الاية ويحتمل القرعة لانه امر مشكل وكل امر مشكل ففيه
القرعة وهو ضعيف **جـ** في ايقاف الميراث قد اختار المصنف هنا الاشباه المشتهر من هل
الكل او البعض غير المعين فلا اشتباه هنا في الحكم والمطلقة ولعدم القطع ببراة الذمة في ايصال الكل
الى احديهما والايقاف هو الذي عندي لا نعال قد رجح المصنف ان الطلاق يقع بالتعيين فقبله لا يقع
ولم يحصل التعيين قبل موته فكانا زوجتين له حال الموت فيرثان ولا معنى للايقاف وايضا
فان المصنف قد ذكر قبل هذه المسئلة انه لو ماتتا ورثهما معا على القول بوقوع الطلاق بالتعيين وههنا
قد رجح ايقاف ارثهما منه لو مات حتى يصطلحن وهذان الحكمان لا يجتمعان لانه اما ان يقول
بالوقوع بالايقاع او بالتعيين او يشتبه الحكم فعلى الاول لا يرث منهما ويتوقف وعلى الثاني يرث
منهما ويرثان منه بلا ايقاف وعلى الثالث يوقف ارثه منهما قبل التعيين وارثهما منه للتلبس فالحكم
بارثه منهما وايقاف ارثهما لا يجتمعان لاتحاد السبب في الارث منه ومنهما لا انا نقول عدم الاجتماع
ممنوع وسنده وجهان **آ** انه رحمه الله ذكر ارثه منهما على تقدير القول بوقوعه بالتعيين جزما ولكن
المصنف لم يجزم به وذكر الايقاف هنا لاحتمال وقوعه بالايقاع ولا يتأتى ترجيحه القول بالتعيين
لان الترجيح عدم عذر مانع من النقيض فالحكم بارثه منهما على تقدير الجزم لا ينافي الحكم
بالايقاف على تقدير عدم الجزم **ب** ان الواقع اما الطلاق في الخارج وهو القول بوقوعه
بالايقاع او في الذمة بمعنى وجوب الطلاق على القول بوقوعه بالتعيين والموت ينقل ما في الذمة
الى المحل القابل له كما ينقل الدين الى المال فينقل الطلاق الى احدى الزوجات لا بعينها فالتعيين
موجب لوقوع الطلاق بالمعينة والموت يوجب وقوعه بغير المعينة وهي الزوجة المطلقة لانه
لولا ذلك لزم بطلان الطلاق بالموت ولم يقل احد منهم من ارباب هذا القول بذلك ولانه لو اوصى
للاخر ان يعين فعين حكمنا بوقوع الطلاق في اخر جزء من حياته لامتناع انشاء الطلاق بعد
الموت فعلم ان القول بالتعيين انما هو في حقوق المطلق لا بعد وفاته فظهر ايضا الفرق بين
موتهن وارثه منهن وبه تندفع شبهة المنافاة في المسئلة السابقة وهذه المسئلة قد عسر
تصورها على اداك الاصول ووجه الصلح ان المنع مشتبه ولا يمكن بيانه فصار كدعوى
اثنين دارا ويعلم صدق احدهما وانها لواحد منهما خاصة ويدهما خارجة وهذا من باب اتحاد طريق

السلس

السلس وانما طولنا الكلام في هذه المسائل لانها موضع اشتباه **قال** قدس الله سره **ح** لو طلق
واحدة معينة ثم اشكلت عليه منع منهما ولو يكون الوطي تعيينا لاشكال القرينة فلك **اقول** معنى كونه
تعيينا انه يكون بمنزلة اقراره بان غير الموطوءة هي التي طلقها لانه يقبل قوله في الذكر فيدل وطؤه
بمنزلة اختياره ومنشؤ الاشكال من انه تعيين شهوة واختيار فيصح بالوطي كوطي الجارية المبيعة في
مدة الخيار ومن حيث انه ادعاء ولا دلالة للعام على الخاص ووجه القرب ان يحمله مقبول ولا اصل صيانة
فعل المسلم عن المحرم ويحمل على المحلل وذلك يستلزم التعيين ثم قال ههنا ولو ماتا قبله ووقف نصيبه
من كل منهما لم يطالب بيان الى آخره هنا جزم بالايقاف لوقوع الطلاق بواحدة هنا جزما لانه اوقع
بواحدة معينة ثم اشتبهت في تلك المسئلة على القول بانه لا يقع الا بالتعيين فاذا ماتتا ماتتا زوجتين
على هذا الاحتمال فورث منهما فافترق المسئلتان **قال** قدس الله سره ولو مات الزوج خاصة ففي
الرجوع الى بيان الوارث اشكال والاقرب القرعة ويحتمل الايقاف حتى يصطلحا **اقول** اشبهه
كل هذه الفروع في المطلقة المعينة اذا اشتبهت بباقي الزوجات ونعني اذا طلق واحدة معينة وشبهه
قبل قوله في التعيين لانه اخبر بنيته فالتعيين في المسائل المتقدمة سبب وههنا كاشف فهو فيما سبق
انشا اما التعيين خاصة ان قلنا بوقوعه بالايقاع او التعيين ونسبة انشاء الطلاق لانه انشاء الجزء
الآخر من سببه التام ولانه سبب لنسبة الطلاق الواقع ابتداء اما في المطلقة او في المعينة على اختلاف
الرأيين واما ههنا فالتعيين اقرار ولو قال لم اعلم ولكني انتقي اختيار تعيين هذه لم يصح وقد ذكر
المصنف فيه احتمالات **آ** الرجوع الى تعيين الوارث لانه قام مقام مورثه ومن حيث انه انما قلنا
بتعيين الزوج لانه الملفظ بالانشاء فكان اعرف بمدلول لفظه ولانه مالك لانشاء الطلاق وكلمن
ملك شيئا ملك الاقرار به والوارث يخالفه في الصورتين ولانه اقرار في حق الغير فلا يسمع
ب القرعة لان محل الطلاق معين في نفس الامر غير معين عندنا ولا طريق الى التعيين الا بها
وهذا هو اختيار المصنف **جـ** الايقاف حتى يصطلحن لان المستحق له مجهول ونفس البراءة يحصل بالصلح
لا بغيره اذ القرعة تفيد الظن والظن لا يجوز العمل به مع القدرة على النسب لقوله تعالى وان
الظن لا يغني من الحق شيئا وهذا الاخير هو الاقوى عندي

القسم الثاني في الشرايط الخاص

الاول

الطهر من الحيض والنفاس **قال** قدس الله سره فلو طلق الحايض وهي امراة

او النفساء قبل الدخول او مع الحمل او مع الغيبة مدة يعلم انتقالها من القرء الذي وطئها فيه الى اخر صح وقدر قوم الغيبة شهرا واخرون ثلاثة **اقول** اختلف الناس فيمن غاب عن زوجته في طهر المواقعة وهي تحيض متى يطلقها على اقوال ثلاثة آ اختيار والدي المصنف قدس الله سره هنا وهو انه يطلقها بعد مضي مدة يعلم انتقالها من طهر الى آخر بحسب عادتها اي تحيض بعد طهر المواقعة ثم تدخل الطهر بعده سواء استمر اولا والمراد هنا بالعلم الظن الغالب المستند الى العادة وهو اختيار ابن ادريس فحينئذ يصح طلاقها وان كانت حايضا حال الطلاق وان علم بحيضها حال الطلاق بعد الطهر الثاني لانه جمع بين الاخبار لما ياتي **ب** مدة شهر فصاعدا وهو قول الشيخ في موضع من النهاية وابن حمزة لرواية اسحق بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام قال الغايب اذا اراد ان يطلق امراته تركها شهرا ج مدة ثلاثة اشهر وهو اختيار ابن الجنيد والدي المصنف في المختلف لرواية جميل بن دراج في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال الرجل اذا خرج من منزله الى السفر فليس له ان يطلق حتى يمضي ثلاثة اشهر **د** قال الشيخ في موضع آخر من النهاية و ابن البراج لا يطلق حتى يمضي ما بين شهر الى ثلاثة اشهر ثم يطلقها واول الشيخ في كتابي الاستبصار بان وجه الجمع ان المراد بجعل بالم يعلم من عادتها فاذا علم انها لا تحيض الا مرة في كل شهر جاز ان يطلق بعد الشهر وان علم انها لا تحيض الا مرة في ثلاثة اشهر لم يجز ان يطلقها الا بعد مضي ثلاثة اشهر فمن ثم حصل القول بالعلم بانتقالها من طهر الى آخر وهو الاقوى عندي ان علم به والا فثلاثة اشهر **ه** قال ابن ابي عقيل له ان يطلق متى شاء من غير انتظار لرواية محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن الرجل يطلق امراته وهو غايب قال يجوز طلاقه على كل حال وتعتد امراته من يوم طلقها والجواب انه مطلق فيحمل على المقيد المتقدم **المقصد الثالث** الصيغة **مقدمة** عبر في القرآن المجيد عن الطلاق بالفاظ ثلاثة الطلاق والفراق والسراح قال الله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان وقال تعالى وسرحوهن سراحا جميلا وقال تعالى حتى او فارقوهن بمعروف وقال عز من قائل وان يتفرقا وروي انه عليه السلام سئل عن قوله تعالى الطلاق مرتان واين الثالثة فقال او تسريح باحسان فسمى التسريح طلاقا ويشترط فيها امور **الاول** الصريح **قال** قدس الله سره ولو قال انت طالق

او الطلاق او من المطلقات او مطلقة على راي او طلقت فلانة **اقول** مقدمة الطلاق لفظ انشائي وضعه الشارع سببا لازالة قيد النكاح ابتداء اي من غير اعتبار غيره فخرج الفسخ بخيار كعيب او عتق والصريح لفظ مفرد وهو حقيقة شرعية دال بالمطابقة على ازالة قيد النكاح وقيل الصريح هو الذي لا يتوقف وقوع الطلاق به على النية اي لا يتوقف على علامة غيره دالة على نية الطلاق به وقيل ما يحكم بوقوع الطلاق بمجرد وقوعه من مكلف مختار عالم بوضعه على زوجته التي يصح ايقاعها الطلاق بها حاله وهو اسد من السابق ويقابله الكناية اذا عرفت ذلك فنقول هنا مسائل آ اذا عبر الزوجة بلفظ يدل على الشخص وعقبه بطالق كقوله انت طالق فهو صريح باتفاق الكل **ب** القول بان لفظ الطلاق وكلما يشتق منه صريح ليس بصحيح لان لفظ الطلاق وبعض ما يشتق منه ليس باشارة بالضرورة وكلما هو صريح انشاء ج لو قال انت طلاق او الطلاق لم يقع وان قصد به الطلاق لانه مصدر والذوات لا يوصف بالمصادر وكان مجازا واللفظ لا يدل على معناه المجازي الا بسبب وقرينة فكان كناية ولا شيء من الكنايات يقع بها الطلاق **د** لو قال انت من المطلقات الاصح انه لا يقع وهو اختيار المصنف والشيخ في الخلاف لانه ليس بصريح لعدم الاشتهار في عرف الشرع فيه ولانه اخبار لغة والنقل الى الانشاء على خلاف الاصل وقال الشيخ في المبسوط انت مطلقة اخبار عن ماضي فقط فان نوى به الايقاع في الحال فالاقوى انه يقع وليس بجيد لان هذا اعتراف منه بانه كناية ولان الاصل بقاء النكاح فلا يزول الا بما ثبت شرعا بانه يزيله ه لو قال طلقت فلانة نقل عن الشيخ انه قال يقع وقال المصنف انه حقيقة في الاخبار عن الماضي والنقل على خلاف الاصل قالوا الانشاء بلفظ الماضي فهو اولى بالوقوع من قوله انت طالق قلنا نمنع الانشاء في غير الطلاق بلفظ الماضي و اطراده في الطلاق قياس ونمنع الاولوية فان الرواية دلت على قوله طالق ولم تدل على هذه اللفظ **قال** قدس الله سره ولو قيل طلقت فلانة فقال نعم قيل يقع **اقول** القايل بالوقوع هو الشيخ في النهاية وابن حمزة وابن البراج وقال ابن ادريس يكون اقرارا منه بطلاق شرعي وهو اختيار الشيخ في المبسوط احتج الشيخ على قوله في النهاية برواية السكوني عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام عن علي عليه السلام في الرجل يقال له طلقت امراتك فيقول نعم قال قد طلقها حينئذ ولان قوله نعم صريح في اعادة لفظ السؤال على سبيل الانشاء والصريح في الصريح

صريح ولان نعم صريح في الجواب تابع للفظ السؤال فاذا كان صريحاً كان الجواب صريحاً فما السؤال
صريح فيه ولهذا اذا قال اعلم لزيد في ذمتك مائة فقال نعم حكم عليه اجاب المصنف في المختلف ان
السكوني ضعيف عندي لا يعول على ما ينفرد به وقد روى محمد بن ابي نصر في كتاب الجامع عن محمد بن
سماعة عن محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في رجل قال لامرأته انت حرام او بائنة او خلية او برية
فقال هذا ليس بشيء انما الطلاق ان يقول لها في قبل عدتها قبل ان يجامعها انت طالق ويشهد على
ذلك رجلين عدلين والاصح عندي انه لا يقع بذلك قال قدس الله سره وفي النداء اشكال
اقول منشأه من لفظ طالق وقيام ما يشير الى محبته مقام انت ومن رواية محمد بن ابي نصر ومن
ان صحة النداء بوصف متأخر عن ثبوت ذلك الوصف للموصوف فلا يكون سبباً في ثبوته وللادار
واعلم ان الشيخ في موضع من المبسوط حكم بوقوع الطلاق به قال قدس الله سره ولا يقع
بالكنايات جمع وان نوى بها الطلاق الا قوله اعتدي وان نوى به على رأي اقول
قد عرفت تفسير الكناية فيما تقدم وعندنا لا يقع الطلاق بالكناية لان النسب منا وضعه الشارع
لان آلة قيد النكاح فما لم يثبت نص الشارع عليه لم يزل عصمة مستفادة من الشرع وهي النكاح وذلك
مثال سرحتك او فارقتك قالوا قال تعالى وسرحوهن سراحا جميلا واشباهه لما تقدم فقد استعمل
في الطلاق فيكون حقيقة فيه لانهم استدلوا بمجرد استعمال العرب على الحقيقة كما استدلال ابن عباس
باستعمال لفظ الفاطر على معناه قلنا ما ذكر ليس لسان اللفظ بل للفعل كقولهم حق الضيف ان
يكرم او يسرح لا يعني ان يقال سرحتك اذا عرفت ذلك فنقول اختلف الاصحاب في قوله
اعتدي اذا نوى به الطلاق هل يقع به ام لا الاكثر لا يقع به طلاق وقال ابن الجنيد يقع محتجاً
بما رواه في الحسن الحلبي عن الصادق عليه السلام الطلاق ان يقول لها اعتدي او يقول لها
انت طالق اجاب الشيخ بان اعتدي محمول للطلاق فانه لا بانفراده لا معنى له لان لها ان تقول
لم اعتد فيقول لاني طلقتك فتمام اعتدي يستلزم الطلاق فهو كاشف عن لزوم حكم الطلاق فلا يكون
هو والاداء وكلام ابن الجنيد لا يلتفت اليه ورواية واحد لا يعارض القرآن قال قدس الله
سره او خيرها وقصد الطلاق فاختارت نفسها في الحال على رأي اقول اذا اخر
اختيارها نفسها لم يقع اتفاقاً وان اختارت عقيب قوله فلا فصل فالاكثر كالشيخ انه لا يقع

طلاق

طلاق وقال ابن الجنيد وابن ابي عقيل يقع الطلاق به محتجين بما رواه في الصحيح حمران قال سمعت
ابا جعفر عليه السلام يقول المخيرة تبين من ساعتها من غير طلاق ولا ميراث بينهما لان العصمة منها
قد زالت ساعة كان ذلك منها ومن الزوج والجواب انه يجوز ان يكون التخيير بسبب كتدليس
او عيب ولفظ المخيرة لا تدل على مطلوبهم واعلم ان التخيير من خصائص النبي عليه السلام و يمنع
الرواية معارضة بانكار الصادق عليه السلام لذلك حيث قال وما للناس والخيار انما هذا شيء خص
الله به رسول الله صلى الله عليه وآله والاحق عندي ان الطلاق لا يقع بشيء من هذه الالفاظ والقول
بخلاف ذلك قول ساقط ومن ثم لم اتفرع الا عليه قال قدس الله سره ولا يقع بالاشارة الا مع العجز
عن النطق كالاخرس وفي رواية يلقي القناع عليها اقول الاشارة من الاخرس معتبرة في وقوع
الطلاق منه وهو اختيار المصنف والشيخ وابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس وهو الاصح عندي لانها
تدل على كلما في ضميره وتقوم اشارته مقام النطق في الناطق في جميع العقود والاقارير والدعاوى وسائر
الشرائع في موضعها وتنقسم الى صريحة تفيد اليقين وهي ما يحصل الجزم بدلالتها وتقابلها الكناية
وفي رواية يقع الطلاق بالقاء القناع على رأسها ومن رواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام قال
طلاق الاخرس ان يأخذ مقنعتها ويضعها على رأسها ثم يعتزلها وبهذا قال علي ومحمد ابنا بابويه وكذا
روى السكوني والجواب المنع من صحة السند وجاز جعله مع الاشارة قال قدس الله سره
ولا بالكتابة وان كان غائباً على رأي ولو عجز عن النطق فكتب ونوى صح اقول المشهور انه
لا يقع الطلاق بالكتابة واختاره المصنف والشيخ في المبسوط والخلاف وابن ادريس وقال في
النهاية يقع وقال ابن حمزة يقع بالكتابة من الاخرس والغائب باربعة شروط ان يكتب بخطه ويشهد عليه
رجلين من الشاهدين ولا يفارقهما حتى يقيما الشهادة ويعلما المطلقة والشيخ لم يشترط ذلك كله
احتج ابن حمزة برواية ابي حمزة الثمالي في الصحيح قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل
قال لرجل اكتب يا فلان الى امرأتي بطلاقها او اكتب الى عبدي بعتقه يكون ذلك طلاقاً او عتقاً
فقال لا يكون طلاق ولا عتق حتى ينطق به لسانه او يخطه بيده وهو يريد به الطلاق او العتق ويكون
ذلك منه بالاهلة والشهود ويكون غائباً عن اهله والجواب المراد حالة الاضطرار ولفظه
او للتفصيل لا للتخيير ولمعارضة رواية زرارة في الحسن قال قلت لابي جعفر عليه السلام رجل كتب

بطلاق امراته او نحو غلامه ثم بدا له فمحاه قال ليس ذلك بطلاق ولا عتاق حتى يتكلم به نفي سبب الكتابة
وانتفت سببية التلفظ بالصيغة ولان لفظة حتى دلت على ان نهاية الملك والنكاح التلفظ به فلو كان
الكتابة سببا ايضا لزم تاخير البيان عن وقت السوال ولانه يكون قد اخذ واحدا بعينه مكان كل
واحد وهو غلط ولعصمته عليه السلام استحال عليه ذلك وحينئذ كان الشرط الثاني وهو التنجيز متفقا
عليه عندنا لم نذكره هنا وعكسنا الاول بالثالث **الثالث** عدم التعقيب بالمبطل **قال**
قدس الله سره فلو قال للطاهرة المدخول بها انت طالق للبدعة فالاقرب البطلان لان البدعي لا يقع وغيره
ليس بمقصود **اقول** وقال الشيخ في المبسوط والخلاف يقع ويلغوا الضميمة والاقوى عندي البطلان
لانه لم يقصد الطلاق الرافع للنكاح ولا دلالة للفظ تابعة للقصد والارادة فاذا صححنا ارادة
اللافظ المعنى لا نحمله على غيره **قال** قدس الله سره اما لو قال نصف طلقة او ثلث طلقة
فالاقرب الوقوع **اقول** وجه القرب ان قوله انت طالق موجب للطلاق والضميمة بعد تمام الكلام لا اعتبار
بها وبه قال نجم الدين ابو القاسم بن سعيد رحمه الله وقال الشيخ في المبسوط لا يقع لانه قصد طلاق نصف
ولا يمكن ذلك وهو الاقوى عندي **قال** قدس الله سره ولو قال انت طالق قبل طلقة او بعدها او
قبلها او معها لم يقع وان كانت مدخولا بها ويحتمل الوقوع لو قال مع طلقة او قبل طلقة او بعدها او عليها
دون قبلها طلقة او بعد طلقة **اقول** هنا مسائل (آ) اذا قال انت طالق قبل طلقة او بعدها طلقة
قال بعض علمائنا لا يقع لانه طلاق معلق بما بعده لانه لم يقصد الطلاق مطلقا بل قصد طلاقا موصوفا
بكونه قبل طلقة فغير الموصوف لم يقع لعدم قصده اليه والموصوف من حيث انه موصوف موقوف على
شرط وهو باطل عندنا ولانه لم يقصد باللفظ الطلقة المنفردة لان الكلام لا يتم الا باخره والاقوى
وقوع طلقة لان قوله انت طالق يكفي في الطلاق ويبطل الضميمة ولانه بمنزلة اول مولود تلده فهو حر
يعتق الاول ولم يشترط الثاني حصل اولا ولان قوله قبلها طلقة او بعدها قصد لطلقة اخرى متضمنة
فيصح المنجز ويبطل المتضمنة (ب) اذا قال انت طالق قبلها طلقة قيل لم يقع لما مر وقيل يقع لانه
قصد طلقتين منجزة ومتضمنة فيبطل المتضمنة ويصح المنجز والاصح هنا انه لا يقع لان الدور في الطلاق
باطل سواء كان دور معية او دور تقدم باجماع علمائنا وهذا دور ولانه شرط في الطلقة المنجزة كونها بعد
طلقة وفي المتضمنة كونها متعقبة بطلقة ولانه قصد طلاقا مسبوقا بطلقة فلو ان وقع الاول المتضمنة

لم

لم يقع المسبوقة لعدم محلها وهو الزوجية لانها بانت بالاول وان لم يقع الاولى المتضمنة لم يقع المسبوقة
لعدم ~~محلها وهو الزوجية القابلة~~ الشرط ولانه قصد طلاقا باطلا لان الطلاق المسبوق باخر هو
طلاق المطلقة فهو باطل وهذا من المسائل كقوله لله علي ان اعتق ثاني ولد تلده امتي ومن ثم فرق المصنف
بين هذه وقوله بعدها طلقة (ج) لو قال طلقة معها احتمل البطلان لانه دور معية والاولى الصحة هنا
وبطلان الضميمة **قال** قدس الله سره ولو قال انت طالق ثلاثا او اثنتين قيل بطل وقيل يقع واحدة
اقول الاول اختيار السيد المرتضى وابن ابي عقيل وابن حمزة وظاهر قول سلار والثاني اختيار
الشيخ في النهاية وابن البراج وابن زهرة وابن ادريس والمصنف في المختلف وهو الحق عندي لنا وجود
المقتضي وهو قوله انت طالق وانتفاء المانع اذ ليس الا الضميمة وهي لا تنافيه ولما رواه جميل بن دراج
في الصحيح عن احدهما عليهما السلام قال سالته عن الذي يطلق في حال طهر في مجلس ثلاثا قال هي واحدة
وفي الصحيح عن بكير بن اعين عن الباقر عليه السلام قال ان طلقها للعدة اكثر من واحدة فليس الفضل
على الواحدة بطلاق احتج المرتضى بما رواه ابن ابي عقيل في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال من
طلق ثلاثا في مجلس فليس بشيء من خالف كتاب الله رد الى كتاب الله والجواب قوله ليس بشيء
اشارة الى الثلاث ولا شك في عدم وقوع الثلاث **قال** قدس الله سره ولو قال زينب طالق
بل عمرة طلقتا جميعا على اشكال ينشا من اشتراط النطق بالصيغة **اقول** هذا الذي ذكره المصنف
مقدمة مسلمة مجمع عليها عندنا ولانها هو كبرى الدليل وتقريره ان هذا لم ينطق في الثانية بالصيغة وكل من
لم ينطق بالصيغة فطلاقه باطل فيقع طلاق هذه عمرة باطل اما الصغرى فلان زينب مبتدا وطالق
خبره فقد تم الكلام وقوله بل عمرة لم يعقبه بقوله طالق بل هو مضمر فيها ولا اعتبار بالاضمار في الطلاق
واما الكبرى فلانها لازم المقدمة المسلمة لان عدم الشرط يستلزم عدم المشروط فهذا احد وجهي
الاشكال والوجه الاخر ان العطف ينزل منزلة النطق بالمعطوف عليه و التحقيق على تقدير صحة
طلاق المعطوفة بالواو انه فرق بين قولنا زينب طالق وعمرة وبين قولنا زينب طالق بل عمرة لان
طالق صريح في الطلاق ولا يصح العدد لفظا مع العطف بالواو ولان الواو يقتضي الجمع بين المعطوف
والمعطوف عليه في الحكم المذكور يعني انه يسري في المعطوف عليه بخلاف بل فانه يقتضي ابطال الطلاق
الذي اوقع في زينب واثباته بعينه في عمرة وشرط في وقوعه بعمرة بطلانه في زينب ولم يحصل والاقوى

عندي عدم وقوع الطلاق **المقصد الرابع** الاشهاد **قال** قدس الله سره ولو اشهد
من ظاهره العدالة وقع وان كانا في الباطن فاسقين او احدهما وحملت عليهما على اشكال **اقول** يشترط
تغاير شهادة العدلين اجماعاً منا لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم فهل الشرط العدالة في الظاهر او
في نفس الامر يحتمل الاول والا لزم تكليف ما لا يطاق ولعدم العلم بالعدل في نفس الامر فيلزم عدم
الحكم بصحة الطلاق البتة وقيل في نفس الامر لانه العدل حقيقة والاصح عندي انه لا يحل لهما الا ان
لا يكفي العدالة بالظاهر انما هو في حق غيرهما لامتناع العلم اليقيني منه اما هما فيعلم كل واحد بحاله
ضروري لانه هو يعلم بطلان ما دل عليه الظاهر فلا يجري ظن غيرهما في حقهما مع علمهما بكونه غير
مطابق للحق في نفس الامر ضرورة **قال** قدس الله سره اما لو كان ظاهرا على فسقهما فالاوجه البطلان
اقول لانهما فاسقان عنده وفي نفس الامر فلا يقع الطلاق بشهادتهما ومن ان الاعتبار في الظاهر
والا لزم احد الامرين اما كون الطلاق صحيحا بالنسبة الى بعض المكلفين وباطلا بالنسبة الى
بعض او تكليف ما لا يطاق واللازم بقسميه باطل فالملزوم مثله والملازمة وبطلان الثاني ظاهران
فان قول المصنف تدبير بطلانه في الاصول ولانه لولا صحته لحصل الاضرار بالمراة اذ قد يعاندها
ويشهد فاسقين عنده وهما عدلان في الظاهر ويتعذر عليها اثبات فسقهما والضرر منفي بالخبر المتواتر
والحق عندي البطلان لان الشارع امر الزوج باشهاد عدلين وهو يعلم عدم هذا الوصف الذي هو شرط
فلم يمتثل الامر ولم يحصل الشرط والاقوى عندي ان العدالة في نفس الامر هي الشرط ولهذا الحاكم
شهادتهما ثم ظهر فسقهما حال الحكم حكم بابطاله ولكن جعل الشارع له علامات وحكم بالعدالة
عندها ظاهرا لعدم الاطلاع على ما في نفس الامر واذا ظهر خلاف العلامات غير حكمه وحكم بان
حكمه غير مطابق **قال** قدس الله سره ولو كان احدهما الزوج ففي صحة ايقاع الوكيل اشكال
فان قلنا به لم يثبت **اقول** ينشا من العموم ولان المامور بالاشهاد هو مباشر الطلاق و
المباشر هو الوكيل وقد اشهد عدلين ومن ان الموكل في الحقيقة هو المباشر لان الوكيل نائب
عنه في ايقاع الصيغة فالزوج هو المامور بالاشهاد وهو يقتضي المغايرة بين المشهد والمشهد وهذا
هو الاقوى عندي ثم فرع على القول بالوقوع في نفس الامر انه لم يثبت عند الحاكم في صور منها
ان يكذب الزوج فيشهد لها شاهد واحد فلا يثبت ولا يحل للزوج الانكار ويكون معاقبا على ذلك

وهذا ظاهر ومنها بالنسبة الى نفي الولد لو ادعى الولد انه ولد عن نكاح للزوج فادعت الطلاق
بحيث لا يلحق معه وشهد الزوج لا تسمع بالنسبة الى الولد ولو كان غيره ثبت ومنها ثبوت المنذور المعلق
به على الغير ونفيه ومواضع اخر وقد ثبت كالمنذور له بالنسبة اليه مع دعواهم لذلك وحرمة وجوبه
عن الظهار والايلاء **المقصد الثاني** في اقسام الطلاق **قال** قدس الله سره ولو طلق
الحامل وراجعها جاز ان يطاها ويطلقها ثانية للعدة اجماعا وفي السنة قولان **اقول** في هذه
المسألة اقوال اربعة **أ** قول علي بن بابويه في رسالته وابنه في المقنع وهو انه اذا راجع الحبلى قبل
ان تضع ما في بطنها او يمضي لها ثلاثة اشهر ثم اراد طلاقها فليس له ذلك حتى تضع ما في بطنها وتطهر
ثم يطلقها ولم يفصلا **ب** شرط ابن الجنيد في الطلاق الثاني قبل الوضع وبعد الرجعة والمواقعة
مضي شهر من حال المواقعة وكذا في الثالث فيحرم بعده حتى المحلل **ج** قول الشيخ الطوسي في
النهاية واذا طلق الحبلى وهي مستبين حملها فليطلقها اي وقت شاء فاذا طلقها واحدة كان املك
برجعتها ما لم تضع ما في بطنها واذا راجعها واراد طلاقها للسنة لم يجز له ذلك حتى تضع ما في بطنها
فان اراد طلاقها للعدة واقعها ثم طلقها بعد المواقعة وتبعه ابن البراج وابن حمزة **د** قول والد
المصنف قدس الله سره انه يجوز طلاقها للسنة كما يجوز للعدة وهو اختيار الفاضل محمد بن ادريس
رحمه الله وهو الاقوى عندي احتج ابن بابويه بما رواه اسمعيل بن اسحق في الصحيح عن الباقر عليه السلام
قال طلاق الحامل واحدة فاذا وضعت ما في بطنها فقد بانت منه وفي الصحيح عن ابي بصير عن الصادق
عليه السلام قال الحبلى تطلق تطليقة واحدة وبما رواه منصور الصيقل عن الصادق عليه السلام
في الرجل يطلق امراته وهي حبلى قال يطلقها قلت فيراجعها قال نعم يراجعها قلت وان بدا له
بعدما راجعها ان يطلقها قال لا حتى تضع اجاب الشيخ عن الروايتين الاولتين بان المراد
بقوله واحدة الوحدة الصنفية والمراد بالطلاق طلاق العدة اي لا يقع بها الا صنف واحد
من الطلاق وهو طلاق العدة لما رواه اسحق بن عمار قال قلت لابي ابراهيم عليه السلام الحامل
يطلقها زوجها ثم يراجعها ثم يطلقها الثالثة فقال بانت منه ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وهو الجواب
عن الثالثة احتج ابن الجنيد بما رواه يزيد الكناسي قال سالت ابا جعفر عليه السلام عن
طلاق الحبلى فقال يطلقها واحدة للعدة بالشهور والشهود قلت فله ان يراجعها قال نعم وهي امراته

قلت فان راجعها ومسها واراد ان يطلقها تطليقة اخرى قال لا يطلقها حتى يمضي لها بعد ما مسها
شهر بحيث وحمل على تمام الحيض الطلقة الثالثة بعد شهر ايضا واجيب بمنع
صحة السند واحتج المصنف بعموم الايات كقوله تعالى فان طلقها الطلاق مرتان قال نجم الدين
بن سعيد الوجه الاعراض عن اخبار الاحاد والالتفات الى ما دل القران عليه من جواز طلاقها
مطلقا قال المصنف في المختلف قدس الله سره طلاق السنة والرجعة واحد وانما يصير للسنة
بترك الرجعة والمواقعة وللعدة بالرجعة في العدة والمواقعة فاذا طلقها لم يظهر اي بالطلاق انه
لايهما هو وانما يظهر باحد امرين اما بالرجوع قبله والمواقعة وهو علامة العدي او بالوضع قبل
الرجوع وهو علامة السني هذا مراده ولم يرد انه لا يظهر واحد منهما الا بعد الوضع كما قد يتوهم
اوهام بعض العوام وبعد الوضع يكون قد ظهر كل منهما قال المصنف في المختلف ان اراد الشيخ
ذلك فهو حق ويحمل الاخبار وقوله جاز ان يطاها ويطلقها ثانية للعدة اجماعا المراد به اجماع
اهل العصر الثاني بعد عصر ابن بابويه وابن الجنيد لانقراض المخالف فيه واجماع اهل
العصر حجة خصوصا على مذهب الامامية فلهذا اطلق القول بالاجماع واقول على قول
الشيخ يلزم احد امور ثلاثة اما ان يجعل حصول الوصف في العدي بالسنة او الرجعة سببا للصحة
او كاشفا بيان الملازمة ان الطلاق حين وقوعه قدر مشترك بين صنفيه اعني العدي والسني والمعنى
الاخص فالمميز له حصول احد الوصفين اما السنة او الرجعة والمواقعة في العدة او غيرهما وهي
كاشفة والحصر استقرائي غيرهما اجماعا والاول ان يعد ان لعلم النقض على السنة ولم يقل به احد
والثاني يستلزم الدور فتعين الاخير وانما طولنا الكلام في هذه المسألة لانها موضع اشتباه على بعض
العوام قال قدس الله سره ولو طلق الحائل ثم راجعها فان واقعها وطلقها في طهر آخر صح اجماعا
وان طلقها في طهر آخر من غير مواقعة فاصح الروايتين الوقوع اقول الروايتان المذكورتان
احداهما رواية عبد الحميد بن عواض ومحمد بن مسلم في الصحيح قالا سألنا ابا عبد الله عليه السلام عن
رجل طلق امرأته واشهد على الرجعة ولم يجامع ثم طلق في طهر آخر على السنة ايثبت التطليقة
الثانية بغير جماع قال نعم اذا هو اشهد على الرجعة ولم يجامع كانت التطليقة ثابتة فهذه
الرواية دالة على الوقوع واليها اشار بقوله فاصح الروايتين وهو قول معظم الاصحاب

عليه ٢

والرواية

والرواية الثانية وهي الدالة على عدم الوقوع رواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام قال المراجعة
في الجماع والا فانما هي واحدة والاولى اصح في السند ولاعتضادها برواية احمد بن محمد بن ابي بصير في
الصحيح قال سألت الرضا عليه السلام عن رجل طلق امرأة بشاهدين ثم راجعها ولم يجامعها
بعد الرجعة حتى طهرت من حيضها ثم طلقها على طهر بشاهدين ايقع عليها الطلقة الثانية وقد راجعها
ولم يجامعها قال نعم وهذا القول هو الصحيح عندي وعند والدي وجدي وبعلم الوقوع
قال ابن ابي عقيل لنسائها زوجة فكل زوجة يصح طلاقها اما الاولى فاجماعية ولانه لولاه
لم تعد الرجعة ولم يصح واما الثانية فلعموم الاية واجاب عن الرواية الثانية ان المراد بقوله
المراجعة في الجماع الا انه في طلاق العدة لما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال
سألته عن الرجعة بغير جماع تكون رجعة قال نعم قال قدس الله سره وكذا لو وقع الطلاق
قبل المواقعة في الطهر الاول بعد طلاق واحد فله على اقوى الروايتين لكن الاولى تفريق الطلاق
على الاطهار اقول الرواية الاولى وهي اقوى رواية اسحق بن عمار عن ابي الحسن عليه السلام
قال قلت له رجل طلق امرأته ثم راجعها بشهود ثم طلقها ثم بدا له فراجعها بشهود ثم طلقها بشهود
تبين منه والرواية الثانية رواية عبد الرحمن بن الحجاج قال قال ابو عبد الله عليه السلام في الرجل
يطلق امرأته له ان يراجعها قال لا يطلق التطليقة الاخرى حتى يمسها وانما كانت الاولى اقوى من حيث
السند ومن حيث اعتضادها بعموم القران والاخبار الصحاح واعلم ان الطلاق لفظ مشترك
لا يلزم من وروده للاثبات والنفي عليه تناقض لجواز اختلاف المعنيين واذا كان الجمع بين الاخبار لا يتم
الا به وجب حمل كل لفظ على معنى غير المعنى الذي حمل عليه اللفظ الآخر وحمل بعضهم الطلاق
الممنوع منه على طلاق العدة لانه المشروط فيه الوطي قال الشيخ نجم الدين ابو القاسم بن سعيد رحمه الله
وهو تحكم لان شرط العدي الوطي بعده وقبل الرجعة منه في العدة وههنا شرط سبق الوطي وليس
بشرط في طلاق العدة فيلزم هذا القائل انه احل غير الشرط مكانه قوله لكن الاولى تفريق الطلاق
على الاطهار المراد به الترجيح عن المانع من التبعيض وذلك لارتفاع الخلاف به قال قدس الله
سره ح المختلعة ما لم ترجع في البذل فان رجعت في العدة انقلب رجعيا بمعنى ان للزوج
الرجوع في البضع ويلزمه وجوب الانفاق وتحرم الرابعة والاخت الا مع ذلك مطلقا وفي النفقة

مع العلم اقول ملك الزوج الرجعة الى النكاح بعد رجوعها اجماعي لكن يبقى الاشكال هل
ثبت باقي احكام الطلاق الرجعي لتحريم الرابعة والاخت الاقرب ذلك مطلقا اى سواء علم برجوعها
اولا او لا بد كيف يحرم ان لم يعلم لاستحالة تكليف الغافل قلنا نمنع بطلان العقد عليها لو ظهر انه
وقع بعد رجوعها لان ملك الرجعة هو اقرب مراتب الامكان الاستعدادي في تحقق نكاحها بالفعل
وهذا لا يتوقف على رضاها ولا علمها بل لا على شيء الا على قوله رجعت في النكاح فيحصل بعد الرجوع بالفعل
بلا فصل وهذه المرتبة مشروطة بنفي جميع المنافيات للفعل ونكاح الخامسة من جملتها ووجود المشروط
يقتضي امتناع منافي الشرط ولان معنى الطلاق الرجعي ما يملك الزوج فيه الرجعة وهذا يملك فيه ٥
الرجعة فيكون رجعيا ويحتمل الحل لان المحرم للجمع في النكاح بالفعل لقوله تعالى وان تجمعوا بين
الاختين وجواز الرجعة ليس بنكاح حقيقة ولان الطلاق الرجعي هو ما يملك الرجعة فيه بنفس ماهيته
طلاق لا بامر آخر وهذا ليس كذلك فان جواز الرجوع حكم شرعي حصل بسبب آخر متاخر عن الطلاق
وبنفس آخر ولا يكون هو هو لان ما بالذات لا يكون بالغير قطعا وهذا الاحتمال ضعيف واما النفقة
فشرط وجوبها اعلامه بالرجوع لانه لو لم يعلم بالرجوع لا يشترط التمكين فيه ولا يحصل الا بالاعلام ومن قبله
ليس يمكنه فلا يثبت نفقة اما المقدمة الاولى فلا اشتراطها في الزوجة حقيقة ففي الرجعية اولى واما
الثانية فظاهرة لانه بالطلاق البائن انقطع النكاح وتوابعه من التمكين ولم يعلم برجوعها والاصح عندي
ما اختاره المصنف هنا في تحريم الخامسة والاخت اما النفقة والتوارث في العدة فلا لان
المقتضي له قد زال بالطلاق ولم يوجد سبب ثبوته بخلاف نكاح الاخت مثلا فانه يحرم بملك النكاح

البائن انقطع

المقصد الثالث في لواحقه وفيه فصول الاول في طلاق المريض وهو مكروه ٥

قال قدس الله سره ويتوارثان في العدة الرجعية ويرثه في البائن ان مات في مرضه الى
سنة ما لم تتزوج وفي الامة والكافرة اشكال اقول يعني الامة لو اعتقت والذمية
لو اسلمت بعد الطلاق في العدة ومنشأ الاشكال عموم النص ومن عدم العلة فان الميراث انما ثبت
للتهمة وهو انه اراد اخراجها من الارث ومشاركة الوارث فقابله الشارع بنقيض مطلوبه والتهمة
منتفية والاصح عندي انه لا ارث لها لان النكاح الحقيقي لم يوجب لها الميراث فكيف الطلاق
والاحتمال الاول ساقط قال قدس الله سره ولا ميراث مع اللعان والفسخ للردة او بتجدد التحريم

المؤبد المسند اليها برضاع وفي المستند اليه كاللواط نظر اقول البحث هنا في مقامين
كيف يتحقق الفسخ بتجدد اللواط وانما يأتي على القول بانه يحرم لاحقا او نقول التحريم المؤبد بعد
الطلاق ويكون قوله او بتجدد التحريم ليس معطوفا على الردة بل على الفسخ تقديره ولا ميراث مع اللعان
ولا الفسخ المتجدد ولا تجدد التحريم بعد طلاق مؤبد بالرضاع او باللواط لان اللواط قبل الطلاق
لا يحرم على قول اما بعد الطلاق البائن فيحرم اجماعا ومنشأ النظر على التقدير الاول وهو انه يكون
قد فسخ نكاحها باللواط على القول به والنص انما جاء في الميراث في صورة الطلاق وهذه خارجة عنها
فلا يساويها النص والاصل عدم الميراث بعد البينونة لانتفاء السبب ويلزم نفي المسبب خرج عنه صورة
النص بالاجماع فبقي الباقي على الاصل ومن وجود العلة في الطلاق وعندي الاصح على تقدير الفسخ
بالمتجدد انه لا ارث لانه ليس بصورة النص والقياس باطل لكن هذا التقدير لا يتم عندك وعلى
التقدير الثاني من وجود علة الارث وهو الطلاق والتهمة وعدم المانع اذ الاصل عدم ما فيه اللواط ومن
حيث ان التحريم المؤبد حاصل باللواط وهو مناف للنكاح لذاته فلا ينافيه اولى فلا ارث من اثاره فمن رفعه
والطلاق مع التهمة غير مانع من الميراث بالنكاح السابق عليه لا موجب له ولان ارث المطلقة بعد
البينونة على خلاف الاصل كما قلناه وهذا عندي ضعيف والاقوى الاول على التقدير الاخير قال
قدس الله سره وفي العيب اشكال ان كان من طرفه اقول المراد كان في المرأة عيب ففسخ الزوج
المريض النكاح هل ينزل منزلة الطلاق في ارثها السنة استشكله والدي المصنف قدس الله سره
من حيث وجود العلة في الطلاق وهي التهمة ومن حيث انه ليس بصورة النص والاصح عندي انه
لا ارث به اما اولا فللفرق لرجحان التهمة في الطلاق ورجحان العيب في الفسخ وعلم رجحانها
هنا واما ثانيا فلان كلما هو خلاف للاصل يقتصر فيه على موضع النص وارث المطلقة خلاف
الاصل واما ثالثا فلان الشارع اذا علق حكما بوصف وان كان مظنة لحكمة لم يعتبر تلك الحكمة بل
الوصف ان ثبت ثبت الحكم وان انتفى انتفى ولا اعتبار مع انتفائه بثبوت الحكمة قال قدس الله
سره ولو ارتدت المطلقة ثم مات في السنة بعد عودها او ارتد هو فالاقرب الارث اقول
وجه القرب في ارتدادها وجود المقتضي وزوال المانع وهو الردة واما في ردته فلان فعله لا يقطع
الميراث ويحتمل عدم الارث لان الردة قاطعة للميراث فلا يعود الا بنكاح ولم يوجد ٥ ٥

المطلب الثاني في الرجعة مقدمات آ الرجعة نكاح دايم زال بطلاق يملك الزوج رفعه
في العدة ب الاصل في الرجعة الكتاب والسنة والاجماع واما الكتاب فقوله تع وبعولتهن احق
بردهن وقال تع فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف وقال تع
فاذا بلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن فدل سياق الآيتين على اختلاف معنى البلوغين
واحدهما حقيقة والآخر مجاز فالمراد بالبلوغ الاول مقاربته البلوغ اي مقاربة انقضاء العدة فانه
يسمى بلوغا مجازا كما يقول القاصد البلد اذا قاربه بلغته وهو مشهور في لسان العرب والمراد بالثاني
انقضاء العدة وهو حقيقته واما السنة فالاخبار المتواترة في هذا الفن كثيرة ج الرجعة جايزة
بشرطين آ ان لا يكون الطلاق باينا لانه ان كان باينا فلقوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح
زوجا غيره واما الطلاق الذي لا عدة له فلان الرجعة انما هي في العدة لقوله تعالى فاذا بلغن
اجلهن اي قاربن باجماع العلماء فاذا لم يكن عدة لم يكن رجعة وان كان الطلاق بعوض فلما ياتي
في باب الخلع ب ان تكون العدة باقية فلو انقضت عدتها فلا رجعة له لانه يحل نكاحها للازواج
لقوله تعالى واذا بلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن الآية فالضابط ان كل طلاق يستعقب عدة
ولا عوض فيه ولا يستوفى به عدد الطلاق فان الرجل يملك به الرجعة في العدة قال
قدس الله سره والاخرس بالاشارة الدالة عليها وقيل باخذ القناع من راسها اقول الاول
هو المشهور وهو اختيار المصنف والشيخ وابن الجنيد وابن البراج وابن ادريس والثاني قول
علي بن بابويه في رسالته وابنه الصدوق في المقنع لان طلاق الاخرس بان ياخذ مقنعتها ويضعها على
راسها ثم يعتزلها وضد العلامة علامة الضد اما الاولى فلما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام
قال طلاق الاخرس ان ياخذ مقنعتها ويضعها على راسها ثم يعتزلها واما الثانية فظاهرة والمقدمتان
ممنوعتان قال قدس الله سره ولو كذبها مولاها في تصديق زوجها على وقوع الرجعة
في العدة وادعى خروجها قبل الرجعة لم يقبل منه ولا يمين على الزوج لتعلق النكاح بالزوجين على
اشكال اقول ينشأ من اصالة البقاء في زمان العدة والطلاق وتقرير ما قاله المصنف
ان الزوج يملك الرجعة من غير اعتبار رضا المولى لقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن
فلا تقبل دعوى المولى من ذلك فلا يمين على الزوج للمراة لتصادقهما ولا للمولى لعدم اعتبار رضاه

وفيه نظر لان مع بقاء العدة فلا يعتبر رضا المولى والكلام فيه والحق انما هو للمولى ولان
النكاح حق للابتداء حق للمولى ولا يملكه الجارية ولا العبد فاذا زوج السيد جاريته
ملك الزوج البضع وتعلق النكاح بالزوجين وانقطع حق المولى لان ليس له فسخه بوجه وانما يملك منافع
البضع بسبب ملك الرقبة وقد زالت بسببها بالنكاح فاذا طلقها رجعيا لم يرجع حق السيد
في النكاح وكان قول الزوج مقبولا وانما لم يكن عليه يمين لان دعوى البضع لا يسمع الا بدعوى
سببه اما العقد او ملك الرقبة ودعواه ابتداء من غير سبب لا يسمع والاول منتف هنا والثاني
ليس محل النزاع ولان سببيته قد انقطعت وشرط عوده عدم الرجعة فالدعوى سببيته لا غير
وهو امر يجعل الشارع لا تعلق له بهما وفيه نظر لان الدعوى هنا في الرجعة وعدمها وهما من اسباب
النكاح فدعوى البضع هنا تابعة لدعوى السبب والتحقيق ان المولى يدعي عود ملكية البضع
والزوج ينكره فعليه اليمين وهو الاقوى عندي قال قدس الله سره ولو ارتدت بعد الطلاق
ففي المنع الرجعة اشكال ينشأ من كون الرجعة زوجية ومن عدم صحة الابتداء به فكذا
الرجعة فان رجعت رجع في العدة ان شاء اقول وينشأ ايضا من ان الرجعة اثبات
لما صار بالقوة بالفعل فان الطلاق ازال قيد النكاح بالفعل وصار بالقوة القريبة من
الفعل اقرب مراتب الاستعداد والرجعة سبب فاعلي لحصوله بالفعل وشرطه في تحقق الاثر
عن الفاعل قبول المحل وبالارتداد زال القبول بالكلية لانها تزيل النكاح الثابت بالفعل
وحرمته فازالة اقرب مراتب الاستعداد اولى ولان الرجوع تمسك بعصمة الكافر وهو منهي عنه
نهي فساد لقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر ومن ان الارتداد يمنع ابتداء النكاح ولا يوجب
زوال الاستدامة الا بعد خروج العدة ولان خروج العدة اما كاشف او سبب وعلى الثاني
يصح وعلى الاول قد ظهر باسلامها عدم تاثير الردة والاقوى عندي صحة الرجوع فان
اسلمت في العدة والا بطل لان المطلقة رجعية زوجة والرجعة استدامة الزوجية والردة
لا تنافي الاستدامة مع استمرارها الى بعد العدة فعلى الصحة تكون موقوفة فان احتجنا في
الاسلام قبل انقضاء العدة تبينا صحة الرجعة والا لم يصح قال قدس الله سره وكذا الاشكال
لو طلق الذمية والاقرب جواز الرجوع ولو منعنا الرجعة افتقر الى اخرى بعد الاسلام

اقول وجه القرب ان الرجعة استدامة لا ابتداء والممنوع منه الابتداء ومن
حيث ان الطلاق ازال قيد النكاح والرجعة تقتضي عوده واما ان ثبت بالرجعة عين النكاح
الاول او غيره والاول محال لاستحالة اعادة المعدوم والثاني يكون ابتداء لا استدامة والاصح
عندي الاول لان الرجعية زوجة ولهذا ثبت لها احكام الزوجية ولانه يجوز الوطي ابتداء من
غير لفظ شيء ولا شيء من غير الزوجة كذلك اجماعاً ولجواز الرجعة للمحرم ولا يجوز له ابتداء
النكاح قال قدس الله سره ولو ادعى الرجعة عليها او لا فان صدقته لم يقبل على الثاني وفي
الرجوع بالمهر اشكال ينشأ من انها اقرت ومن انها فوتت وان كذبت حلفت ان قلنا
بالغرم والا فلا اقول الاقوى عندي الرجوع لانها فوتت عليه ما ملكه بعوض مالي فيضمن
ذلك العوض قال قدس الله سره صريح الرجعة راجعت ورجعت وارتجعت والاقرب
في رددتها الى النكاح وامسكت الصحة مع النية اقول هنا مسائل آ قوله راجعت
ورجعت وارتجعت صريحة في الرجعة بالاجماع واعلم ان راجعت اذا اتصلت بهذه الالفاظ
مظهرا او مضمرا كان يقول راجعت فلانة او رجعتك فاما تجرده فلا لانه لا يصح انها لا تعقل
ب رددتها هل هو صريح ام لا قيل نعم لوروده في القرآن لقوله تعالى وبعولتهن احق
بردهن وقال تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان والمراد الامساك فسر بالرجعة وقال
النبي عليه السلام اردده اي راجعها اصحاب وقيل لا لانه لا يستعمل في الوضع الشرعي ولم يتكرر فلم
يساوي الرجعة ج في قوله امسكت هل صريح لقوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان
وفسر الامساك بالرجعة د هل تصح الرجعة بقوله رددتها الى النكاح او امسكت نكاحها
مع النية الاقرب عندي والدي المصنف قدس الله سره الوقوع اما على القول بانهما صريحان فلا
كلام واما على العدم فلانهما كناية وتصح بالكناية مع النية لدلالتها على الرجعة و[illegible] تصح
بالفعل فلا يقصر صحتها معه مجاز بالكناية لانها اذا صحت بالفعل لدلالته على الرضا فبالفظ
اولى وقيل لا لان الاسباب الشرعية انما هي بوضع الشارع ولان الكناية اما ان يعرف بها
قرينة تزول معها الاحتمال او لا فالاول صريح والثاني يكون اعم ولا دلالة للعام على الخاص
وقيل هنا الامساك ليس فيه دلالة على استدراك ما فات ولا اعادة ما زال بل هو حقيقة

في

في الاستدامة والاستصحاب لما هو متحقق وبه فسر قوله تعالى امسك عليك زوجك والنكاح
ليس بمتحقق بالفعل والمتحقق هو علقة النكاح عدم الملكة والاقوى عندي اختيار والدي قال
قدس الله سره وفي التزويج اشكال اقول الاشكال في قوله تزوجتك او نكحتك فيحتمل
كونه صريحاً لانهما صالحان لابتداء العقد والحل فلان يصلحا للرجعة اولى ولانهما يصلحان سببا
لاثبات النكاح في محل كان محله وما عنه فلان يصلحا لاثباته في محل هو فيه بالقوة القريبة
من الفعل اعني اقرب مراتب القوة بحيث يكون بعدها الفعل بلا فصل اولى ويحتمل عدمه لانهما
صريحان في ابتداء النكاح وما هو صريح في شيء بانفراده لا يمكن ان يكون صريحاً في غيره كذلك
ولان الصريح هو المستعمل في معنى وضع له على سبيل الحقيقة ويعلم من اهل ذلك الاصطلاح و
يعتاد ويشتهر استعماله بينهم في ذلك المعنى بحيث لا يحمل على المعنى فلم يعلم استعمال اهل
الشرع لهذين اللفظين في الرجعة ولا اشتهر ذلك ولا اعتيد فلا يكون صريحاً ولان الرجعة يلزمها
عدم اشتراط رضاء الزوجة لقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن وابتداء النكاح يلزمه اشتراط
رضاء الزوجة وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات فخصائص احدهما منافٍ للرجعة فلا
يدل لفظه عليه ولا يتبادر به اليه ولانه صيغة يخاطب بها الاجنبية فيكون تقريراً
للطلاق لا رجعة واقول الاحتمال قائم في العقل بالجانب وبقول بوجهان النكاح
ابتداء والاصح عندي صحة الرجعة به بل هو اكد قال قدس الله سره وكذا اعدت
الحل ورفع التحريم اقول هذا عطف على قوله رددتها الى النكاح والكلام في كونهما صريحين
او كنايتين وفي حصول الرجعة بهما مع النية اما الاول ففيه اشكال لان اعادة الحل ليس من فعله
ولا رفع التحريم لانه من فعل الشارع بل فعله في سببه ولم يثبت ان قوله هذا سبب لعدم استعماله شرعا
واعتياده بينهم والاقوى عندي انه لو قال اعدت حل نكاحك الي فهو صريح وكذا رفعت
تحريم نكاحك عني والا فلا واما الثاني فالاقوى حصول الرجعة مع النية لانهما ان كانا صريحين
فلا بحث وان كانا كنايتين فقد تقدم ان الكناية مع النية تحصل بها الرجعة قال
قدس الله سره ولو ادعى الرجعة في وقت امكان انشائها قدم قوله مع احتمال تقديم قولها حينئذ
لا يجعل اقراره انشاء اقول قوله في وقت امكان انشائها راجع الى قوله ولو ادعى

واعلم ان هذه المسئلة تتفرع على مسئلة هي ان الاقرار بالرجعة على تقدير عدم سبقها هل هو
رجعة اولا فان قلنا انه رجعة فلا نزاع بينهما ولا كلام في قبول قوله لانه بهذا الكلام حصلت
الرجعة تقدمت او لا وان قلنا انه ليس برجعة فيجيء هذا الاختلاف ووجه كونه رجعة انه
يدل على حصولها في الماضي واستمرارها في الحال والاستقبال فدل على ما دل عليه رجعت
وزيادة ووجه عدم كونه رجعة ان الرجعة انشاء وسبب ولا يحتمل الصدق والكذب والاخبار
لا تصلح للسببية ويحتمل الصدق والكذب ولان الاخبار عن الشيء لا يصلح ان يكون سببا
موجدا له لان الاخبار عن الشيء متاخر عنه بالذات وان تقدم بالزمان فلو كان سببا لتقدم عليه
بالذات ايضا فيلزم الدور وهما متضادان ولا يمكن ان يكون دالا على الخبر والانشاء لانه
يقتضي عود الزوجية بغير هذا اللفظ ولا تاثير لهذا فيه والانشاء يقتضي عدم حصولها الا به
وسابقها ظاهر ولان مدلوله سببية غيره واستفادة السببية عنه فلا يكون سببا لان دلالة الالفاظ
تابعة للارادة اذا تقرر ذلك فنقول على تقدير عدم كون الاقرار رجعة يحتمل تقديم
قوله لانه اخبر عن فعل له فعله بالاستقلال في زمان له فعله فكان قوله مقدما فيه ويحتمل تقديم
قولها لانها منكرة والاصالة عدم الرجعة او رد لو لم يقدم قوله لا يسمع منه الرجعة لان [illegible]
على قوله كل رجعة تصدر عنه تكون باطلة لانها تحصيل الحاصل ورجعة الزوجة قبل رجعت
قبل ولا طلاق واقرار العقلاء على انفسهم جايز والجواب منع الامتناع لجواز الكذب ويحكم
عليه بمقتضى اقراره ظاهرا مع عدم علة الكذب فلا يسمع الرجعة حينئذ والاقوى انه يحصل
الرجعة بنفس فعله الدعوى لا باعتبار كونها اقرارا لان الفعل كان من الرجعة **قال**
قدس الله سره ولو زعمت انها لم ترض بعقد النكاح ثم رجعت فالاقوى القبول لحق الزوج **اقول**
لا اثر للقول لانها اقرت له بحق ويحتمل عدمه من حيث تناقض الكلامين والاقوى الاول
لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جايز **الفصل الثالث** في المحلل والنظر في اصول
ثلاثة الاول من يقع به التحليل **قال ره** لا اعتبار في عدد الطلاق الذي يحرم الزوجة
ولا يجوز رجوع الزوج اليها الا بالمحلل انما هو بالمراة عندنا فالعبد يملك ثلاث طلقات للحرة
والحر يملك طلقتين للامة وعليه نص علي عليه السلام لقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف

او تسريح باحسان وهو للحرة لقوله تعالى ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيئا الا
ان يخافا الا يقيما حدود الله وليس الاعطاء للامة بل لمولاها فهو للحرة لان الاية الثانية متصلة
لمن يقع عليه الطلقات الثلاث لرجوع الضمير في اتيتموهن اليهن وخلاف الشافعي حيث قال
ان الاعتبار في عدد الطلقات بالرجل باطل لرواية جريج بن نظام عن اسلم عن القاسم بن محمد عن
عايشة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال طلاق الامة طلقتان وعدتها حيضتان فجعل طلاقها
معتبرا بها كالعدة فالواجب حال ولا يحل لكم ان تاخذوا الازواج والاحد انما هو للحرة لا العبد
ملفتا مع كونه خطابا للازواج بل هو من الاداء من ماله ولا يمكن ذلك في جانب الماخوذ فيه لمكان
اتيتموهن وهو ضمير النساء ولانه يلزم حسد قصر الطلقات الثلث في الحرة والحر ولم يقل به
احد وهو احد من يقول بالثلث وهو لا يجوز اذا عرفت ذلك **فنقول** كلما اوقع الزوج كلما يملكه
من طلقات الزوجة بالتمام حرمت عليه الا بالمحلل الا التي تسع للعدة **قال** قدس الله سره فاذا طلقت
مرة او مرتين ثم تزوجت ففي الهدم روايتان اقربها ذلك **اقول** قاعدة آ اذا راجع
المطلقة الرجعية يعود اليه النكاح بما بقي من الطلقات وكذا ان فارقها بطلقة او طلقتين وبانت منه
ثم تزوجها بعد خروج العدة قبل نكاح زوج اخر او بعده وقبل الاصابة اما لو نكحها زوج اخر بعقد دايم
وطيا محللا لو وقع بعد ثلاث ففي المسئلة المختلف فيها وقد ذكر المصنف فيها روايتين الرواية الاولى
رواية الهدم رواية رفاعة بن موسى النحاس قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل طلق امراته
تطليقة واحدة فتبين منه ثم تزوجها آخر فطلقها على السنة فتبين منه ثم يتزوجها الاول على كم هي
قال على غير شيء ثم **قال** يا رفاعة كيف اذا طلقها ثلاثا ثم تزوجها ثانية استقبل
الطلاق فاذا طلقها واحدة كانت على اثنين ويعضدها هذه الرواية رواية عبد الله بن
عقيل بن ابي طالب ان عمر قضى انها تبقى على ما بقي من الطلقات فقال امير المؤمنين عليه السلام
سبحان الله ايهدم ثلاثا ولا يهدم واحدة ويعضدها ايضا الشهرة فانه بهذا افتى الشيخ في
النهاية والمبسوط والخلاف وابن البراج وابن حمزة وابن ادريس ووالدي المصنف قدس الله سره
والرواية الثانية رواها حماد الحلبي في الصحيح قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق
امراته تطليقة واحدة ثم تركها حتى مضت عدتها وتزوجت برجل غيره ثم مات الرجل او طلقها

وراجعها فقال هي عندك على تطليقتين باقيتين وحمل الشيخ رحمه الله هذه الرواية وما ورد مثلها على
احد امور ثلاثة ان يكون الزوج الثاني لم يدخل بها او يكون غير بالغ او يكون متعة قال شيخنا في المختلف
لا بأس بهذا الجمع ولاعتضاده باصالة الاباحة الثاني المحلل قال قدس الله سره وشرط
فيه اربعة فلا اعتبار بوطء الصبي وان كان مراهقا على اشكال اقول جوز ابن الجنيد
والشيخ في المبسوط والخلاف تحليل المراهق وهو الذي بلغ زمانا يقارب سن البلوغ ويمكن فيه
عادة البلوغ بغير السن وحده قوم بعشر سنين وشرط ابن حمزة في المحلل البلوغ احتج الاولون
بعموم قوله حتى تنكح زوجا غيره لنا ان الصبي لا اعتبار بفعله لقول الرضا عليه السلام حين سئل
رجل طلق امرأته الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فتزوجها غلام لم يحتلم قال
لا حتى يبلغ ولقول النبي عليه السلام للمرأة التي طلقها رفاعة ثلاثا اتريدين ان ترجعي الى رفاعة
لا ولا كرامة حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك ولا يتحقق ذلك الا في البالغ اذا وطئ في
القبل معينا للحشفة والعسيلة قال ابو عبيد القاسم بن سلام انها اللذة بالجماع وذهب
آخرون الى انها الانزال وقيل على الاول اجماع الصحابة الثالث في الاحكام قال
قدس الله سره ولو انقضت عدة فادعت التزويج والمفارقة والعدة قبل مع الامكان وان بعد
وفي رواية ان كانت ثقة اقول قوله وفي رواية اشارة الى رواية اعين بن سعد عن حماد
عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل طلق امرأته ثلاثا فبانت منه واراد مراجعتها فقال
لها اني اريد ان اراجعك فتزوجي زوجا غيري فقالت قد تزوجت زوجا غيرك وحللت
لك نفسي أيصدقها ويراجعها كيف يصنع قال اذا كانت المرأة ثقة فقد صدقت
في قولها قال قدس الله سره ولو دخل المحلل فادعت الاصابة فان صدقها حلت
للاول وان كذبها فالاقرب العمل بقولها لتعذر اقامة البينة عليها وقيل يعمل بما يغلب على الظن
من صدقه وصدقها اقول الاول اختيار المصنف وهو الاقوى عندي لانها تصدق في
شرطه وهو انقضاء العدة فتصدق في نفسه ولانها لو لم يكن القول قولها لزم احد الامرين
اما عدم سماع قولها بالكلية وهو حرج عظيم لجواز موت الزوج قبل استعلامه او عناده
ولانه اجنبي لا تعلق له لانقضاء حقه بانقضاء العدة او كون البينة عليها ولكنه متعذر في الاغلب

وهو

وهو اعظم حرجا والثاني قول الشيخ في المبسوط لان الظن مناط الاحكام الشرعية
المقصد الرابع في العدد وفيه فصول الاول في غير المدخول بها لا عدة على من لم يدخل
بها الزوج من طلاق او فسخ مقدمات العدة بكسر العين وفتح الدال غير المعجمين وتشديد الدال
مدة مقدرة باصل الشرع بالاشهر او الاقراء او الحمل توجبها رفع النكاح بعقد بالموت مطلقا
وبعد الدخول بغيره او وطء غير محرم للحشفة يحرم فيها على المرأة نكاح غير من هي عنده ويملك الزوج
فيها الرجعة في الرجعي ب الاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع اما السنة فكثيرة مشهورة
متواترة واما الاجماع فآتي واما الكتاب فقوله تع والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وهي اول
ما نزل من العدد وقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن
ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ونزلت عدة الوفاة
مخالفة لعدة الطلاق في قوله والذين يتوفون ج العدة على اربعة اقسام احدها ما هو
تعبد واستبراء والاستبراء فيه اقوى من التعبد وهو بالحمل وثانيها وهو اوسطها ويستوي
فيها الاستبراء والتعبد وهو الاقراء وثالثها الشهور وهو اضعفها وان كانت مدخولا بها
ممن يحتمل حملها ويستوي فيها التعبد والاستبراء ورابعها عدة غير المدخول بها للوفاة وهي
تعبد محض د اجمعت الامة على وجوب العدة في الجملة انما اختلفوا في انواع منها واجمعت
الامة ايضا على ان المطلقة قبل المسيس لا عدة عليها لقوله تع يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المؤمنات
ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا
جميلا اتفق العلماء على دلالة قوله تعالى من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة على ان
محل المس للزوج مع التعبد قال قدس الله سره والدخول يحصل بغيبوبة الحشفة
قبلا او دبرا وان لم ينزل ولو كان مقطوع الذكر خاصة قيل وجبت العدة لامكان الحمل
بالمساحقة ولو ظهر حمل اعتدت بوضعه اقول قوله قيل هو قول الشيخ في المبسوط
قال فان حملت منه اعتدت بوضع الحمل فان لم يكن حاملا اعتدت بالشهور لا بالاقراء
لان عدة الاقراء انما تكون عن طلاق بعد دخول وهو متعذر من جهته قال قدس الله سره
وكذا لو كان مقطوع الذكر والانثيين على اشكال اقول منشأه من علمه الآن يكون

المني ومن عموم قوله عليه السلام الولد للفراش وايضاً يمكن الحمل بالمساحقة لان محل المني الصلب
ومن انه بعيد عادة والعلوم العادية ضرورية وقول الشيخ في المبسوط لا تعتد عنده بالاقراء لا يدل
على انها تعتد بالاشهر **قال** قدس الله سره ولو دخل بالصغيرة وهي من نقص سنها عن تسع او
اليائسة وهي من بلغت خمسين او ستين ان كانت قرشية او نبطية فلا اعتبار به ولا يجب لاجله عدة
طلاق ولا فسخ على رأي **اقول** اختلاف في الصبية التي لم تبلغ واليائسة اذا طلقت بعد الدخول
هل عليها عدة الطلاق ام لا فقال الشيخ وابنا بابويه وابو الصلاح وسلار وابن البراج وابن ادريس
لا عدة عليها وهو اختيار المصنف وهو الحق عندي وقال السيد المرتضى وابن زهرة عليها العدة لنا
ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج في الموثق عن الصادق عليه السلام قال ثلاثة يتزوجن على كل حال التي لم تحض
ومثلها لا تحيض قال قلت وما حدها قال اذا اتى لها اقل من تسع سنين والتي لم يدخل بها والتي قد يئست
من المحيض ومثلها لا تحيض قلت وما حدها قال اذا كان لها خمسون سنة وفي الحسن عن زرارة عن
الصادق عليه السلام في الصبية التي لا تحيض والتي قد يئست من المحيض قال ليس عليهما عدة وان
دخل بهما ولان كلا منهما من المطلقتين انتفى سبب الاعتداد اما في الاعتداد والثانية ظاهر واما
الاولى فلان سبب الاعتداد استعلام فراغ الرحم من الحمل لما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال
التي لا تحبل مثلها لا عدة عليها وفي هذا الحديث ايماء الى ما ذكرنا وايضا ممتنع بالنظر الى العادة لقوله
تعالى حكاية الد وانا عجوز وهذا بعلي شيخا واقرها عليه ثم اجابوا بقدرة الله تعالى وخرق العادات
للاعجاز لا يصلح لوجود احتج المرتضى بقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن
ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن والجواب ان العدة معلقة بالريبة من الناس وعدم
البلوغ وقوله تعالى واللائي يئسن يدل على ان اليأس في نفس الامر لا اعتبار به في الحكم بل بالعلم
لاسناد الحكم بالريبة **الفصل الثاني** في عدة الحائل من الطلاق وفيه مطلبان **الاول**
في ذات الاقراء **مقدمة** لفظ القرء اختلف اهل اللغة فيه على اربعة اقوال آ انه اسم للحيض
حقيقة ويستعمل في الطهر مجازاً لانه لا يسمى المرأة من ذوات الاقراء الا اذا حاضت **ب** انه
للطهر حقيقة ويستعمل في الحيض مجازاً **ج** انه اسم مشترك من الاشتراك اللفظي بين القرء والطهر
كسائر الاسماء المشتركة **د** انه اسم للانتقال من معتاد الى معتاد فيتناول الانتقال من الحيض الى الطهر

والانتقال من الطهر الى الحيض واما الفقهاء فقد اتفقوا على ان اقراء العدة احد الامرين من الحيض او
الطهر واختلفوا في النص لا في الحكم منه فقيل المراد بالقرء الحيض دون الطهر وهو اختيار جماعة من الصحابة
والتابعين والفقهاء المتاخرين وقال بعضهم المراد بالقرء الطهر وهو الاقوى عندي وعند والدي لقوله تعالى
ثلاثة قروء فاثبت الهاء في العدد وهو مختص بالمذكر والطهر مذكر والحيض مؤنث فوجب ان يكون
المراد الطهر دون الحيض وقال تعالى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن اي في
وقت عدتهن لقوله تعالى ونضع الموازين القسط ليوم القيمة اي في يوم القيمة والطلاق في الحيض ليس بمامور
به لتحريمه اجماعاً ولان قوله لعدتهن يقتضي اتصال العدة بالطلاق لان دخول اللام على الشرط يقتضي
اتصاله بالمشروط لقول القائل اطعم زيدا ليشبع فعلى القول بان الطهر القرء هو الطهر اذا طلقها في
الطهر اعتدت بقية الطهر فيتصل بين العدة والطلاق على الثاني لا الاول احتج القائل بان القرء
الحيض بقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وهو عام ولو جعل القرء هو الطهر لكان
اذا طلق ثم حاضت بعد يوم اقيم مقام القرء عند القائل بالاطهار فلا يكون عدتها ثلاثة اقراء
فيلزم التخصيص في النص لان الاية يقتضي تمام الثلاثة اقراء وههنا لم يتم وبقوله تعالى واللائي يئسن من
المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر فنقلها عما يئست منه الى بدله والبدل غير المبدل
فلما كان اليأس من المحيض دل على انه هو القرء وبما روي ان النبي عليه السلام قال لفاطمة
بنت ابي حبيش اقعدي عن الصلوة ايام اقرائك والمراد الحيض والجواب عن الاول ان
القرء طهر انتهى بالحيض فاذا كرع قرء تام لا بعضه وعن الثاني ان القرء بمعنى الطهر مقدر بالحيض
ايضاً لانه ليس مطلق اتفاق بل هو يقاد بمعنى في الحيض فنقلها من طهر مقيس بالحيض الى
طهر مقيس بالشهور وعن الثالث في قوله ايام اقرائك قال بعض الرواة انه زيادة في الخبر ولم
يثبت ولان القرء يطلق على الحيض خصوصاً مع القرينة والقرينة هنا ثابتة ولان البحث في لفظ القرء
في العدة لا مطلقاً فيمنع السند **قال** قدس الله سره ولو ادعت انقضاء قبل مضي اقل زمان
ينقضي به العدة لم يقبل دعواها فان صبر حتى مضى زمان الاقل ثم قالت غلطت والآن انقضت
عدتي قبل قولها وان اصرت على الدعوى في الحكم بانقضاء عدتها اشكال ينشأ من ظهور كذبها
ومن قبول دعواها لو استانفتها فيجعل الدوام كالاستيناف **اقول** الاقوى عندي الاول

قال قدس الله سره ولو كان مثلها تحيض اعتدت بثلاثة اشهر وتراعي الشهور والحيض
ايهما سبق خرجت اما لو رات الدم في الثالث وتاخرت الحيضة الثانية او الثالثة صبرت تسعة اشهر
ليعلم براءة رحمها ثم اعتدت بعد ذلك بثلاثة اشهر وفي رواية تصبر سنة ثم تعتد بثلاثة اشهر ونزلها
قوم على احتباس الدم الثالث اقول قوله ايهما سبق خرجت العدة مستنده رواية زرارة في
الحسن عن الباقر عليه السلام قال امران ايهما سبق بانت المطلقة المسترابة تستريب الحيض ان
مرت بها ثلاثة اشهر بيض ليس فيها دم بانت وان مرت بها ثلاث حيض ليس بين الحيضتين ثلاثة
اشهر بانت بالحيض والمقصود بالبحث هنا اذا تاخرت الحيضة الثانية او الثالثة لكن نورد هنا ما
يبنى عليه هذه المسألة ثم نذكرها فنقول هنا قاعدتان آ التي لا تحيض ومثلها تحيض
تعتد بثلاثة اشهر اجماعا لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة
اشهر واللائي لم يحضن فقوله واللائي لم يحضن عطف على قوله واللائي يئسن فيكون المراد فعدتهن
ثلاثة اشهر ايضا ب الاصل في عدة الحائل الاقراء ونبه عليه تعالى بالطلاق والمطلقات
وشرط الاشهر بفقدها ونبه عليه بقوله واللائي اذا عرفت ذلك فنقول هذه تراعي الاشهر
والحيض لتساوي الامرين لها في الحالين فايهما سبق خرجت العدة وسنفرع على ذلك انه اذا ابتدأت
العدة بالاشهر ورات في آخر الثالث دم الحيض واليه اشار المصنف بقوله اما لو رات الدم لان اللام
هنا للعهد لا للجنس بطلت العدة بالاشهر لفقد شرطها وتحسب الماضي قرءا لان القرء طهر ما قبله
الحيض ولا تتركب من الاقراء والاشهر هنا عدة واحدة اجماعا ولان الواجب الواحد لا يؤدى
بعضه بالاصل وبعضه بالبدل الاضطراري المشروط بتعذر الاصل الا بنقل شرعي ولم يثبت
فتحتسب بطلانها كما مضى من الاشهر واستانفت عدتها بالاقراء وسنفرع على هذا الفرع فرعا آخر
وهو ان هذه التي رات في الثالث حيضة ثم استانفت العدة بالاقراء اذا تاخرت الحيضة الثانية
او الثالثة ففيها للاصحاب اقوال ثلاثة آ اختيار المصنف هنا وهو مذهب ابن ادريس
ومن تابعهما انها تصبر مدة تعلم براءة رحمها من الحمل وهو تسعة اشهر من حين الطلاق لانه اقصى مدة
الحمل عندهم ثم تعتد بثلاثة اشهر اخرى فان جاءها فيها خرجت عدتها والا اعتدت بثلاثة اشهر
فان ظهر فيها حمل خرجت بوضعه وان لم يظهر فيها حمل علم براءة الرحم ظاهرا فاعتدت بثلاثة اشهر

فكان

فكان بمنزلة الثلاثة اقراء لان العدة لعلم براءة الرحم ونبه عليه في القرآن بقوله تعالى ان ارتبتم ب
قيل انها تصبر سنة لانه اقصى مدة الحمل وهذا بناء على ان اقصى مدة الحمل فان ظهر في اثناء السنة
حمل اعتدت بوضعه والا اعتدت بعدها بثلاثة اشهر واستدل على هذا القول برواية عمار الساباطي
قال سئل ابو عبد الله عليه السلام عن رجل عنده امراة شابة وهي تحيض في كل شهرين او ثلاثة اشهر
حيضة واحدة كيف يطلقها زوجها فقال امر هذه شديد هذه تطلق طلاق السنة طلقة
واحدة على طهر من غير جماع بشهود ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض متى حاضتها فقد انقضت
عدتها قلت له فان انقضت سنة لم تحض فيها ثلاث حيضات قال تتربص بعد السنة ثلاثة
اشهر ثم قد انقضت عدتها قلت فان ماتت او مات زوجها قال فايهما مات ورثه صاحبه
ما بينه وبين خمسة عشر شهرا وهذه الرواية هي التي اشار المصنف اليها بقوله وفي رواية تصبر
سنة الى آخره ونزلها الشيخ في النهاية على ما اذا تاخرت الحيضة الثالثة بعد ان رات الدم
في اثناء التسعة اشهر فانها تصبر تمام السنة ثم تعتد بثلاثة اشهر تمام الخمسة عشر شهرا واورد
الفاضل نجم الدين بن سعيد على دلالة الرواية عليه فهو تحكم فان الرواية مطلقة ليس فيها ما ينافيه
والادلة غير [illegible] على هذا التاويل فينزل عليه ولان التحكم القول من غير دليل وابطال دلالة امر
معين وعدم الوقوف على غيره لا يوجب الحكم بالبطلان فان عدم وجود ذاتي واحد لا يدل
على العدم ج قول ابن البراج انه ان كان انقطاع الدم لعارض كمرض ورضاع لم تعتد بالشهور
بل تصبر حتى تمضي ثلاثة اقراء وان طالت مدتها وان لم يكن لعارض فان مضى ثلاثة اشهر لم تر دما
فيها فقد انقضت عدتها وان رات الدم قبل ذلك ثم ارتفع حيضها لغير عذر اضافت اليها شهرين
وان كان لعذر صبرت تمام تسعة اشهر ثم اعتدت بعدها بثلاثة اشهر وان ارتفع الدم الثالث
صبرت تمام السنة ثم اعتدت بثلاثة اشهر بعد ذلك وانما طولنا الكلام في هذه المسألة لانها
موضع اشتباه المطلب الثاني في ذات الاشهر قال قدس الله سره وان طلقت في
اثناء الشهر اعتدت بهلالين ثم اخذت من الثالث كمال ثلاثين على راي اقول
انحصرت آراء المسلمين في هذه المسألة في اقوال ثلاثة آ اعتبار الجميع بالاهلة الاول وما بعده وبعض
من الرابع ما فات من الاول فلو كان الاول تسعة وعشرين يوما وطلقها وقد مضى عشرون يوما يحتسب

تسعة وعشرين يوماً من الرابع وقواه الشيخ لقوله تعالى يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس
والحج **ب** سقوط اعتبار الهلال في الأول ويكمل ثلاثين من الرابع ويعتبر ما بعده بالأهلة وهو اختيار
ابن ادريس وقول الشيخ لاشتراك الشهر لفظاً وتعذر الهلالي فيتعين العددي وهو ثلاثون **ج**
سقوط اعتبار الأهلة في الجميع وانكسار الكل بانكسار الأول فيعتبر كل شهر ثلاثين **فائدة**
تظهر فائدة انطباق الطلاق على اول الشهر بان ينوي باللفظ ويعتبر آخر جزء منه باول جزء من
الشهر بإجماع المسلمين وعند المخالفين يتعلق الطلاق بانسلاخ الشهر او باول الشهر الذي
يليه **قال** قدس الله سره ولو انقضت العدة ونكحت آخر فأتت بالحمل من الأول لم يبطل
النكاح وكذا لو نكحت جاز نكاحها ولو ارتابت قبل الانقضاء لم تنكح وان انقضت العدة والأقرب
جواز نكاحها الآخر بيقين الحمل وعلى كل تقدير لو ظهر حمل بطل نكاح الثاني **اقول** المرتابة
بالحمل هي التي يحصل لها ما يصلح ان يكون امارة للحمل بحيث يحصل لها معه شك في الحمل كحركة
او ثقل ونحوه اذا عرفت ذلك فنقول كل عدة عن وطي غير وضع الحمل فهي بدل اضطراري عن
الحمل لان العدة الدالة على براءة الرحم وغير الحمل وهي الأشهر او الأقراء تدل على البراءة ظاهراً لامكان
ظهور الاختلاف فهي دلالة ظنية ووضع الحمل يدل عليها دلالة قطعية واكتفي بالظاهر عن القطع لتعذر
تحصيله فاذا حصل الأصل بطل البدل الاضطراري فاذا اعتدت بغير الحمل ثم ظهر الحمل بطلت
العدة على كل حال بالإجماع اما الريبة بالحمل لامارة موجبها اما ان يكون بعد انقضاء العدة ونكاح
آخر او قبل ذلك فان كان الأول لم تبطل العدة ولا النكاح اجماعاً وان كان الثاني فاما ان
يكون بعد انقضاء العدة وقبل نكاح آخر حكم المصنف بعدم بطلانها وجواز نكاحها لانه قد حكم
بانقضاء العدة شرعاً فلا ينقض الحكم بمجرد الشك فيجوز لها النكاح لصحة الحكم بالانقضاء وهذا
اثر واما ان يحصل الريبة قبل انقضاء العدة فلا يجوز لها نكاح آخر قبل انقضاء العدة قطعاً لبقاء
العدة وهل يجوز بعد انقضائها مع بقاء الريبة قال الشيخ في المبسوط لا يجوز وان نكحت فالنكاح
باطل لان النكاح مبني على الاحتياط التام وقال المصنف بل يجوز لوجود المقتضي وهو خروج العدة
لان سبب الظن الراجح حاصل ولهذا يعطي النفقة ولم يجز الرجعة في الرجعية وانتفاء المانع اذ الريبة
وهم وهو مرجوح الظن فلا يعارض الظن الراجح **قال** قدس الله سره ولو اتت زوجة البالغ بولد

لدون

٣٤٩

لدون ستة اشهر لم يلحقه فان ادعت انه وطئ قبل العقد للشبهة احتمل انقضاء العدة والأقرب
العدم لانه منفي عنه شرعاً نعم لو صدقها انقضت به **اقول** وجه الاحتمال انها زوجة حامل
بحمل يمكن ان يكون له وكل زوجة كذلك فان عدتها بوضع الحمل اما الصغرى فلامكان
صدقها في دعوى وطيها قبل العقد واما الكبرى فلا خلاف فيه ولان ههنا قاعدة مقررة هي ان القول
قول المرأة في انقضاء العدة بما هو ممكن مع تحقق الامكان وقد اتفق عليها الكل ويمكن ان يكون الأمر
كما ادعته والولادة من فعلها والأقرب عند المصنف عدم الانقضاء به لانه منفي
عنه شرعاً والأصل عدم الوطي والحاق الولد به شرعاً شرط الامكان ولم يثبت ههنا فانتفى الا مكان
وفرق بين هذا النفي وبين اللعان لان النفي باللعان انتفى بمجرد اقراره وفي هذه انتفى بسبب شرعي
غير صادر منه وهو انتفاء شرط الالحاق ولان سبب الالحاق شرعاً وهو الفراش في اللعان
موجود وحكم الشارع بنفيه عنه مع ثبوت الامكان الشرعي وههنا السبب منفي لانه لم يعلم في
فراشه قطعاً ولا يرد يلزم الحكم في قضية واحدة بمتنافيين لان انقضاء العدة سببها امكان
كونه منه وامكان الحاقه به في نفس الأمر ونفي الميراث لنفيه في الظاهر لا في نفس الأمر **قال**
قدس الله سره ولو وضعت احد التوأمين بانت بالأول ولم تنكح الا بعد وضع الأخير والأقرب
تعلق البينونة بوضع الجميع **اقول** الأول قول الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة والثاني
قوله في الخلاف والمبسوط وابن ادريس وجه القرب قوله تعالى واولات الأحمال اجلهن ان يضعن
حملهن وحملها مجموع الولدين فحال وضع الأول لم تضع حملها بتمامه ولان العدة موضوعة لاستبراء الرحم
وخلوه من ولد مظنون فكيف يصح ان تنقضي مع بقاء ولد موجود **قال** قدس الله سره ولو خرج
ما يصدق عليه الآدمي ناقصاً كيد علم بقاؤه فالأقوى عدم الانقضاء **اقول** وجه الأولوية انه
يصدق عليه اسم الآدمي فيصدق وضع الولد ويحتمل عدمه لانها لم تضع كل الحمل ولم يحصل براءة
الرحم وفراغه من الحمل ويتفرع على ذلك بقاء الرجعة في الرجعية ووجوب الانفاق والتوارث
قال قدس الله سره ولو طلقت فادعت الحمل صبر عليها اقصى الحمل وهو سنة على رأي
ثم لا تقبل دعواها وقيل تسعة اشهر **اقول** الكلام في مقامين **آ** في كمية اقصى مدة الحمل وقد
ذكر فيه القولين والأول منهما قول السيد المرتضى في الانتصار وابي الصلاح والثاني مذهب المفيد

والشيخ في الخلاف والمبسوط وابن الجنيد وابن البراج وسلار وابن ادريس وسيأتي تمام
البحث في موضعه **ب** انه اذا انقضى اقصى مدة الحمل حكم بانقضاء عدتها ولم تحتج الى اعتداد
زائد وهو مذهب ابن ادريس للعلم بكذب دعواها وبوقوع العدة في موقعها وقال الشيخ في
النهاية تعتد بعد تسعة اشهر بثلاثة اخرى لما رواه عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح قال سمعت
ابا ابرهيم عليه السلام يقول اذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلا انتظرها تسعة اشهر فان ولدت
والا اعتدت بثلاثة اشهر ثم قد بانت منه وشهرنا والذي المصنف اختاره في المختلف اختيار
الشيخ في النهاية وهو الاقوى عندي **قال** قدس الله سره ولو طلق رجعيا ثم مات في العدة
استأنفت عدة الوفاة وان قصرت عن عدة الطلاق كالمسترابة على اشكال **اقول** قوله استأنفت
عدة الوفاة المراد به ان الماضي لا يحسب في اعتدادها بما عدا الاجلين والضمير في قوله وان قصرت
راجع الى عدة الوفاة ومنشأ الاشكال عموم النص والنظر الى المعنى والحكمة **قال** قدس الله
سره ولو اتت بولد لاقل من سنة فان لم تنكح زوجا غيره الحق به وان كانت رجعية حسبت السنة
من وقت الطلاق لا من وقت انقضاء العدة على اشكال **اقول** منشأه ان الطلاق هو المزيل
للنكاح فيحرم وطؤها بغير الرجعة فيكون كالبائنة في النكاح والولد فيحسب فيكون كالبائنة
فيه ومن ان الرجعية كالزوجة لانهما يتوارثان ويباح له الوطي ويكون رجعة ويقع الظهار منه والايلاء
وهما معلولا النكاح ووجود المعلول دليل وجود العلة والتحقيق ان الرجعية هل هي فراش ام لا لزوال
النكاح بالفعل وان بقي بعض لوازمه مثلا ان اللازم اعم وان قلنا انها فراش فالاعتبار بالمدة من
انقضاء العدة وان قلنا انها ليست بفراش فالاعتبار من الطلاق والاول اختيار الشيخ الطوسي في
المبسوط وهو الاقوى عندي ثم فرع الشيخ على ذلك في الرجعية انه اذا انقضت عدتها من الاقراء
او الاشهر ثم اتت بولد لاكثر من سنة من انقضاء العدة لم يلحقه لانا تيقنا ان الحمل لم يكن موجودا حال
الاقراء والاشهر فيتبين بانقضائها فيكون كما لو بانت بالطلاق البائن او الفسخ ثم اتت بولد لاكثر من
سنة من السنة وان اتت به لاقل من سنة وبما لاقل من اقصى مدة الحمل تبينا انها حملت به في
حال العدة وهي فراش حينئذ فيلحق به واعلم ان ههنا فوائد **آ** النكاح الدائم مع الدخول فراش موجب
لالحاق النسب به بمجرد امكان كونه منه وسبق هذا الاصحاب بعد زوال النكاح ببقاء الامكان

بلا معارض

بلا معارض ارجح ومن ثم حكم الشارع بالحاقه به ولم يقبل منه نفيه بلا لعان **ب**
لا بد من امكان العلوق منه في وقت الفراش ممكن لحوقه به في الفراش **ج** ان امكان
كونه منه باق الى اقصى مدة الحمل فينتفي الامكان فينتفي الولد منه بغير لعان وهذه القواعد اجماعية
والخلاف انما هو في موضعين احدهما في كمية اقصى مدة الحمل وقد تقدم وثانيهما في ابتداء هذه المدة
الطلاق وشبهه فاما ان يكون الطلاق بائنا او رجعيا فان كان الطلاق بائنا قال الفقهاء المبدأ من
وقت الطلاق وفي هذه العبارة نظر لانه يلزم ان يكون اقصى مدة الحمل اكثر مما فرضناه اقصى
مدة الحمل لتقدم العلوق على الطلاق لانه لا بد وان يكون العلوق في الفراش وهو وقت قبل
الطلاق لان الطلاق البائن سبب البينونة وسبب زوال الفراش والحق انه وقت هو اخر اوقات
امكان العلوق قبل الطلاق وشبهه في البائن واما في الرجعي فيكون ذلك الوقت قبل الطلاق او انقضاء
العدة على اختلاف الرايين كما تقدم وهذه العبارة هي الفقهية التي اختارها اخيرا المصنف **قال**
قدس الله سره وعدة النكاح الفاسد بعد التفرق بانجلاء الشبهة لا بعد اخر وطية على
اشكال **اقول** منشأه من ان العدة للوطي خاصة لان النكاح ليس بصحيح وكل عدة من مجرد الوطي
خاصة فان سببها الفراغ منه ومن حيث انها كالنكاح وهذا الاخير اختيار الشيخ في المبسوط لان
الاستيلاد به يسقط والفراش في طلبه يزول **قال** قدس الله سره ولو اتفقا على زمان الوضع واختلفا
في وقت الطلاق هل كان قبل الوضع او بعده قدم قوله لانه اختلاف في فعله وفيه اشكال
من حيث ان الاصل عدم الطلاق والوضع وكما نقل منكر لم يقدم ما **اقول** هنا اصل يتفرع منه
مسئلتان وهو انه قد اتفقا على زمان الوضع بانه كان يوم الخميس كذا من الشهر مثلا ثم اختلفا
في وقت الطلاق فهنا مسئلتان **آ** ان يدعي الزوج تقدمه كيوم الاربعاء في المثال المذكور
ليثبت انقضاء العدة وينفي توارثهما وتقول هي بل يوم الجمعة في المثال فتعكس نفيه واثباته فيقدم قول
الزوج لان الطلاق من فعله ويعارضها ان الاصل عدم الطلاق يوم الخميس والاصل بقاء حقوقها والاصح
على الاول لان الطلاق بيده ويصدق في اصله فيصدق في وقته **ب** عكس الاولى فيقول
طلقتني يوم الاربعاء فيقول هو يوم الجمعة فيحق ويثبته هو وههنا قوله مقدم قطعا لانه الطلاق
من فعله وهو يثبته وقوله والوضع عطف على الطلاق اي الاصل عدم الوضع وهو اشارة الى انه

لو اتفق الزوجان على زمان الطلاق واختلفا في زمان الوضع فانه يحتمل ان يكون القول
قولها لانه لان قوله يوافق الاصل وهذا معنى المنكر ويحتمل تقديم قولها لانه من فعلها **قال**
قدس الله سره ولو اقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لستة اشهر منذ طلقها قيل لا يلحق به
ويحتمل الالحاق ان لم يتجاوز اقصى الحمل ولم تكن ذات بعل اقول قوى الشيخ في المبسوط عدم اللحوق
لان قول المرأة مقبول في انقضاء العدة بما يمكن صدقها فيه لقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن
ما خلق الله في ارحامهن ولولا قبول قولهن لما حرم كتمانه عليهن ولكن يحتمله بعد لان المقدر
مضي اقل الحمل وهو ستة اشهر من حين الطلاق ولا يقبل منها دعوى ينافي اقرارها ولان
اقرارها بانقضاء العدة صحيح ظاهراً فلا يبطل بامر محتمل كما اذا حكم الحاكم بالاجتهاد ثم تغير
اجتهاده فانه لا ينقض الاول ويحتمل الالحاق بشرطين احدهما ان لا يتجاوز اقصى الحمل والثاني انها
ان لا تكون ذات بعل وفي معناه الموطوءة اي ان لا تكون ذات بعل ولا موطوءة بشبهة ووجه الاحتمال
ان هذا ولد يمكن ان يكون من فراشه وليس معه من يساويه ولا من هو اولى فوجب ان يلحق به
والاقوى عندي الثاني ولا ينافي هذه القاعدة السابقة لان تلك لم يقترن احدهما بخروج العدة وهنا
قد اقترن بخروج العدة **المقصد الرابع** في عدة الوفاة مقدمات أ اجمع علماء الاسلام على
ان عدة الوفاة للحائل باربعة اشهر وعشرة لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا
يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا ولان السنة المتواترة عليه وكانت في صدر الاسلام سنة
لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج
وكان لها النفقة في العدة فنسخ النفقة بالميراث ونسخت السنة باربعة اشهر وعشرة ايام
لتأخرها عن آية الحول في التنزيل اجماعا من الصحابة ولا يضر تقدمها في التلاوة فان الاعتبار
في النسخ بالتأخر في التنزيل ب العشر المعتبر في العدة هي عشر ليال مع ايامها لا يقال
اسقط التاء في العشر وهو يطلق على الليالي دون الايام لانها للمؤنث ولو اراد الايام لقال
عشرة لقوله تعالى سخرها عليهم سبع ليال وثمانية ايام لانا نقول الايام فيما قبل العشر فلم
يمتنع دخولها في العاشر لان المراد جميع العدة واحد لان اطلاق الليالي يقتضي دخول
الايام معها واطلاق الايام يقتضي دخول الليالي معها وايضا قال ابن الاعرابي ان الهاء

تدل

تدل على المذكر وعدمها يدل على المؤنث اذا كان العدد مفسراً فيقال عشرة ايام وعشر ليال
واما مع اطلاق العدد وعدم التفسير فلا يدل على ذلك ويحتمل ان يساوي المذكر والمؤنث
كما روي عنه عليه السلام من صام رمضان واتبعه ستاً من شوال فكانما صام الدهر كله ج
عدة الحامل للوفاة ابعد الاجلين وعليه اتفاق الامامية وهو مذهب ابن عباس ونص عليه علي
عليه السلام لقوله تعالى يتربصن الاية وقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن فيجب
الجمع بينهما ووجهه ما ذكرناه د الحداد واجب على الحرة في عدة الوفاة مدة العدة والحداد هو
ترك التحلي والطيب والتزين في البدن والثياب واما وجوبه في عدة الوفاة فباجماع فقهاء الاسلام
ولا اعتبار بخلاف الشعبي والحسن البصري لاجماع من قبلهم ومن بعدهم واما كونه تمام العدة
فلقول النبي عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على
زوج اربعة اشهر وعشرا متفق عليه ولما رواه ام سلمة عن النبي عليه السلام قالت جاءت امرأة الى
النبي عليه السلام فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي زوجها عنها وقد اشتكت عينها افتكحلها فقال
لا مرتين او ثلاثا كل ذلك يقول لا ثم قال انما هي اربعة اشهر وعشرا الحديث **قال** قدس الله
سره ويجب عليها الحداد حاملا كانت او حائلا صغيرة او كبيرة مسلمة او ذمية وفي الامة اشكال
اقول ذهب الشيخ في المبسوط الى ثبوت الحداد عليها واختاره ابن ادريس لعموم الحديث
المروي عن النبي عليه السلام المتقدم وقال الشيخ في النهاية وابن الجنيد وابن البراج والمصنف
انه لا حداد عليها للاصل ولرواية زرارة الصحيحة عن الباقر عليه السلام ان الحرة والامة كلتيهما اذا
مات زوجها سواء في العدة الا ان الحرة تحد والامة لا تحد **قال** قدس الله سره ولو لم يعلم
الحاكم بالعدة فاعتدت فالاقرب عدم الاكتفاء اقول الاقرب عندي هو الاقرب عند والدي قدس
الله سره لانه منوط بحكم الحاكم لمعرفته مواقع الاحكام لانها من المسائل الاجتهادية فلا يناط باجتهاد
غير الحاكم ولاصالة بقاء الزوجية ولعدم الموجب لازالتها شرعا غير الموت والموت لا يعلم
ويحتمل الاكتفاء لان عدم الظهور بعد الطلب بمضي المدة علامة على الموت وفيه نظر لان الامارة
تفيد الظن والمعتبر هو ظن الحاكم ولانها بخروج العدة لو لم تبن وتحل للازواج لم يكن فيها
فائدة **قال** قدس الله سره ولو جاء بعد العدة قبل التزويج فقولان الاقرب انه لا سبيل له عليها

أقول إذا جاء الزوج وقد خرجت من العدة قبل أن تتزوج قال الشيخ في النهاية
والخلاف هو أولى بها وقوى في المبسوط أنه لا سبيل له عليها لأنها بانت منه وهو مذهب المفيد
وسلار وابن إدريس واختيار والدي منا لأن حكم الشارع بالبينونة بمنزلة الطلاق ولأنه لم يتغير
حال البينونة عما يقابلها ولأن الحكم بعد قطع السلطنة بالتسلط يحتاج إلى دليل وليس والأقوى
عندي الأول قال قدس الله سره ويلزم لعدة الموت لا نفقة فيها على الغائب وعليها الحداد
على إشكال أقول منشأ من أنها عدة الوفاة وعدة الوفاة يلزمها الحداد ومن حيث أنه
لم يتحقق ولأن قول النبي عليه السلام الدال على الحداد إنما هو على الميت ولم يعلم وإنما حكم الشارع
بالبينونة لانتفاء الضرر والحرج كفسخ العيب ولهذا لو صبرت كان النكاح باقيا ولأصالة براءة
الذمة ولأنه لو كانت للموت لانتسب حكم الحاكم شرعا لبطلت وما ترتب عليها نكاح الزوج بعدها
لأنه حكم اجتهادي ظهر أنه خالف دليلا قطعيا وكل حكم اجتهادي ظهر أنه خالف دليلا قطعيا
نقض قال قدس الله سره ولو حضر قبل انقضائها ففي عدم الرجوع عليه بالنفقة إشكال
أقول منشأ من أنها في عدة بينونة فكانت بمنزلة الناشز ومن أنها في حباله ولم يوجد منها
نشوز قال قدس الله سره لو أتت بولد بعد مضي ستة أشهر من دخول الثاني لحق به
ولو ادعاه الأول وذكر الوطء سرا لم يقبل وقيل يقرع وليس بجيد أقول القائل بالقرعة الشيخ
الطوسي في المبسوط لإمكانه واختيار المصنف منا وهو أنه للثاني لأنها فراش
له حقيقة وفراش الأول زال وقال عليه السلام الولد للفراش قال قدس الله سره
لو غلطت في الحساب فاستأنفت بالاعتداد ما عندت وتزوجت قبل مضي مدة التربص بطل الثاني والأقرب
أنها تحرم عليه أبدا مع الدخول أقول وجه الدخول أنها في العدة ظاهرا والدخول بمعتدة دائم
على المعتدة يحرم أبدا ويحتمل عدمه لأنها ليست معتدة في نفس الأمر ولم يحصل منه زنا بذات بعل
فخرجت عن صورة النص على التحريم مؤبدا والأصل الإباحة وإنما رجحنا الأول لأن التحريم
مقدم مع التعارض لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال خصوصا فيما
بني على الاحتياط التام والنكاح يبنى على الاحتياط التام قال قدس الله سره ولو تبينا
موت الزوج الأول قبل العدة فالأقرب صحة الثاني أقول وجه القرب أنها عدة بحكم.

حكم

حكم الشارع بصحتها ووافقت ما في نفس الأمر فصحت ويحتمل ضعيفا عدمه لأن الموت في نفس الأمر
لم يعلم ويستند حكم الحاكم غير صحيح فالحكم خطأ قال قدس الله سره والأقرب أن للحاكم بعد
مدة البحث تطليقها للرواية الصحيحة والعدة عدة الوفاة للاحتياط من غير منافاة أقول
لم يذكر الشيخان وابن البراج وابن إدريس الطلاق وقال ابن الجنيد يأمر السلطان الولي
بإيقاع الطلاق فإن لم يطلق أمرها الحاكم بالعدة وقال ابن بابويه وابن حمزة يأمر السلطان
الولي بالطلاق فإن لم يطلق طلقها الحاكم والأصح عندي ما قاله المصنف والرواية هي رواية
بريد بن معاوية العجلي في الصحيح قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المفقود كيف يصنع
امرأته فقال ما سكتت عنه وصبرت فخل عنها وإن هي رفعت أمرها إلى الوالي أجلها أربع سنين
ثم يكتب إلى الصقع الذي فقد فيه فيسأل عنه فإن أخبر عنه بحياة صبرت وإن لم يخبر عنه بحياة
حتى تمضي الأربع سنين دعي ولي الزوج المفقود فقيل له هل للمفقود مال فإن كان له مال أنفق عليها
حتى يعلم حياته من موته وإن لم يكن له مال أنفق عليها فإن فعل فلا سبيل لها إلى أن تتزوج ما أنفق عليها وإن
أبى أن ينفق عليها أجبره الوالي على أن يطلق تطليقة في استقبال العدة وهي طاهر فيصير طلاق
الولي طلاق الزوج فإن جاء زوجها قبل أن تنقضي عدتها من يوم طلقها الولي فبدا له أن يراجعها
فهي امرأته وهي عنده على تطليقتين وإن انقضت العدة قبل أن يجيء ويراجع فقد حلت للأزواج ولا
سبيل للأول عليها قوله والعدة عدة الوفاة إلى آخره أشار إلى الجواب عن احتجاج الشيخ على عدم
الاحتياج إلى الطلاق وتقرير الاحتجاج أن عدة الوفاة من خصائص الوفاة فلا يجامع الطلاق
وتقرير الجواب أن عدة الوفاة وجبت احتياطا لاحتمال الموت ولا منافاة لأن الاحتياط يعمل
فيه بالاحتمالات وإن كانت مرجوحة بحيث يحصل يقين البراءة الفصل السابع في عدة الإماء
والاستبراء مقدمة الاستبراء هو التربص الواجب بسبب ملك اليمين حدوثا أو زوالا لا
خص بهذا الاسم لأن هذا التربص مقدر بأقل ما يدل على البراءة من غير تكرر وتعدد فيه وخص
التربص الواجب بسبب النكاح باسم العدة اشتقاقا من العدد لما يقع فيه من العدد و
الأصل في الاستبراء أن منادي رسول الله صلى الله عليه وآله نادى بعد سبي أوطاس
لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض ومن ثم كان الاستبراء بالحيض وأما العدة

فما الاطهار قال قدس الله سره وهل حكم الفسخ للبيع حكم الطلاق الاقرب
ذلك اقول وجه القرب انه رفع بعقب النكاح الدائم بعد الدخول فوجبت العدة
لاستبراء الرحم كالطلاق ويحتمل الاستبراء لعدم النص على العدة ولانه بسبب زوال
ملك وهذا ضعيف لان الاستبراء يوجبه حدوث ملك او زوال ملك خاصة لا زوال
نكاح دائم والاصح المعتمد عليه الاول قال قدس الله سره والذمية كالحرة في الطلاق
والوفاة وقيل كالامة اقول هذه المسالة تبنى على مقدمة هي بيان عدة الامة في الوفاة
وقد اختار المصنف انها شهران وخمسة ايام ولم يعتبر بالخلاف لما رواه محمد بن مسلم في
الصحيح عن الصادق عليه السلام قال الامة اذا توفي عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة
ايام وفي الصحيح عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال عدة الامة اذا توفي عنها شهران
وخمسة ايام وهذا هو اختيار المفيد وقال الصدوق وابن ادريس عدتها اربعة اشهر
وعشرة ايام قال ابن ادريس سواء كانت ام ولد لمولاها او لا وقد رجع شيخنا في كتاب البيان
عما قاله في النهاية لعموم الاية ولرواية زرارة في الصحيح عن الباقر عليه السلام المذكورة في
الحداد واجاب المصنف ان العام يخصص بالاحاديث الخاصة والكتاب يجوز تخصيصه
بالسنة والمساواة تصدق بالمساواة في مطلق الحداد وقال الشيخ في النهاية ان كانت ام ولد
لمولاها فعدتها مثل عدة الحرة اربعة اشهر وعشرة ايام وان كانت مملوكة ليست ام ولد
فعدتها شهران وخمسة ايام وتبعه ابن البراج لما رواه سليمان بن خالد في الصحيح قال سألت
ابا عبد الله عليه السلام عن الامة اذا طلقت ما عدتها قال حيضتان او شهران قلت
فان توفي عنها زوجها فقال ان عليا عليه السلام قال في امهات الاولاد لا يتزوجن حتى
يعتددن اربعة اشهر وعشرا وهن اماء اذا تقرر ذلك فنقول هنا مسألتان أ هل
الذمية الحرة كالحرة المسلمة في كمية العدة او كالامة فنقول الذمية كالحرة المسلمة في كمية
العدة في الطلاق والوفاة وفي الحداد وهو المشهور بين الاصحاب ونقل المصنف قولا انها
كالامة ولا اعلم من قاله لكن به رواية هي رواية محمد بن يعقوب في الصحيح عن علي بن
ابراهيم عن ابيه وعن ابن محبوب عن رئاب وابن بكير عن زرارة عن ابي جعفر عليه السلام

قال

قال سألته عن نصرانية كانت تحت نصراني فطلقها هل عليها عدة مثل عدة المسلمة
فقال لا الى قوله قلت فما عدتها ان اراد المسلم ان يتزوجها قال عدتها عدة الامة
حيضتان او خمسة واربعون يوما الحديث وقد بين في هذا الحديث عدتها في الطلاق
وفي الوفاة والجواب انه لم ينص على انها حرة فهي محمولة على المملوكة ب هل هي
كالحرة المسلمة في الحداد المشهور ذلك ومن قال انها كالامة في العدة ولا حداد على الامة
يمكن ان يقول انه لا حداد عليها ولم اعلم به قائلا من اصحابنا واعترض بان الخطاب مختص
بالمومنات في قوله عليه السلام لا تحل لامرأة تؤمن بالله الحديث او بانها اقرت على ترك الايمان
فعلى ترك الاحداد اولى والجواب بعموم رواية ام سلمة عن النبي عليه السلام انه قال
المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر ولا الممشق ولا الحلي ولا تكتحل ولا تختضب ولان قوله لا تحل
لامرأة تؤمن بالله دليل على لزوم التكليف به لتكليف بالايمان قال قدس الله سره ولو
الحقت الذمية بعد الطلاق بدار الحرب وسبيت في اثناء العدة فالاقرب اكمال عدة الحرة
اقول وجه القرب وجوبها ابتداء فلا يسقط بالرق المتجدد لاصالة البقاء ولان الاصل
عدم التحريم ومن انها امة والحق الاول المطلب الثاني في الاستبراء قال
قدس الله سره وهل يحرم في مدة الاستبراء غير الوطء من وجوه الاستمتاع اشكال اقول
ينشأ من انها كالمعتدة وكالاجنبية ومن حيث ان الاستبراء لعدم اختلاط المائين في رحم واحد فيمنع
الوطء خاصة في الوفاة والاصح الاول الفصل السابع في اجتماع العدتين معنى اجتماع
العدتين اتحاد زمانهما فان زاد زمان احدهما تداخلتا اي دخل الاقل في الاكثر وقال الشيخ
في الخلاف وان ادى الى كل موضع يجتمع على المرأة عدتان لا تتداخلان بل تأتي بكل منهما
على الكمال ولم يذكر احد من الطرفين مخافة التطويل قال قدس الله سره ولو
فسخت النكاح في عدة الرجعي ففي الاكتفاء بالاكمال اشكال اقول ينشأ من انها
تفرقة تلك بالكلية فلا تستأنف العدة ومن حيث ان الطلاق بطل فيبطل حكمه وتستأنف
عدة الفسخ ولان الفسخ ليس من جنس الطلاق فلا تبنى عدة احدهما على عدة الاخرى
والاول قول الشيخ في المبسوط واعلم ان الفسخ هنا في العدة لكن لم يسبقه رجعة

قال قدس الله سره ولو خالعها بعد الرجعة قيل لا عدة وليس بجيد اقول
قيل اشار المحقق له بقول الشيخ في المبسوط عن قوم وقواه بانه قال فيه اذا طلقها
ثم راجعها ثم خالعها قبل الدخول قال قوم تبني وقال آخرون تستانف وهو الصحيح عندنا وقال
قوم لا عدة عليها هاهنا وهو الاقوى والاول احوط هذا آخر كلامه رحمه الله ووجه الاول ان
الطلاق بطل احكامه العدة بالرجعة ولم يمسها في النكاح المستجد فاشبه ما اذا ابانها ثم جدد نكاحها
وطلقها قبل ان يمسها ووجه الثاني وهو الاصح انه خلع في نكاح وجد فيه المباشرة وكل خلع كذلك
يجب فيه العدة اما الاولى فلانها بالرجعة عادت الى النكاح الذي مسها فيه والثانية اجماعية
تفريع على القول الاصح تستانف العدة كما لو طلق بائنا بعد الرجعة لساير الخلعيين والطلاقين
وعلى القول بان الخلع فسخ والفسخ يوجب استيناف العدة يجب هنا استيناف العدة قال
قدس الله سره اما لو خالعها بعد الدخول ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول فلا عدة على رأي
اقول هذا اختيار الشيخ في الخلاف والمصنف في المختلف وقال ابن البراج في المهذب
تستانف العدة احتج الشيخ بقوله تعالى ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة
تعتدونها والاقوى عندي اختيار المصنف قال قدس الله سره ولو تزوجت المطلقة
في العدة بغير المطلق لم يصح ولم تسقط عدة الاول فان وطئها الثاني عالما بالتحريم فهي في
عدة الاول وان حملت ولا عدة للثاني ولو كان جاهلا ولم تحمل اتمت عدة الاول لسبقها
واستانفت اخرى للثاني وهل للاول ان يتزوجها ان كان بائنا في تتمة عدته الاقرب المنع لان
وطء الثاني يمنع من نكاحها بعد استداد الزمان في القرء اولى ولان الزوج تسقط عدته
بحكم عدة الثاني فيمنع عليه الاستمتاع وكل نكاح لم يعقبه حل الاستمتاع كان باطلا
ولو كان رجعيا جاز له الرجعة لان طريقها الاستدامة اقول ويحتمل في الاول الجواز لانها
في عدته ولان عدة الثاني عدة وطء شبهة ولا تنافي النكاح كما لو وطئها وهي في نكاح آخر للشبهة
فانها تعتد عن وطئه ولا تنافي العدة للشبهة النكاح قال قدس الله سره ولو حملت
الحق له ولو احتمل ان يكون منهما قيل يقرع فيلحق بمن تخرج له القرعة والاقرب انه للثاني
لانها فراشه اقول اذا تزوجت المطلقة بغير المطلق في العدة ودخل الثاني جاهلا

حملت بولد يمكن ان يكون من كل واحد منهما بان تكون لاقل من اقصى مدة الحمل من
الاول ولم يقصر عن اقله من الثاني قال الشيخ في المبسوط يقرع بينهما لانه يحتمل ان يكون
من كل منهما فهو امر مشكل وكل امر مشكل ففيه القرعة للرواية واختار المصنف هو الصحيح
انه للثاني لانها فراش له بالفعل والاول فراشه سبق وزال وصاحب الفراش الثابت بالفعل
حال الحمل اولى لقوله عليه السلام الولد للفراش قال قدس الله سره ولو كانت
الموطوءة امة وجب عليه قيمة الولد لمولاه يوم سقط حيا وعليه المهر لمولاها وقيل العشر او نصف
العشر اقول الاول وهو لزوم مهر المثل قول ابن ادريس وهو احد قولي الشيخ والثاني
قول آخر للشيخ قال قدس الله سره وعدة الطلاق من حين وقوعه حاضرا كان
الزوج او غائبا والوفاة من حين بلوغ الخبر للحداد فيشكل في الامة اقول المشهور ان عدة
الطلاق من حين وقوعه لرواية محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال اذا طلق الرجل
وهو غايب فليشهد على ذلك فاذا مضى ثلاثة اقراء من ذلك اليوم فقد انقضت عدتها واما
عدة الوفاة فانها من حين بلوغ الخبر على الاشهر خلافا لابن الجنيد فانه اذا قامت البينة بتقدم
موته اعتدت من يوم الموت وافاد المفيد بانه لاجل الحداد واحتج بما رواه في الحسن ابو بصير عن الحسن الرضا عليه
السلام قال المتوفى عنها زوجها تعتد حين يبلغها لانها تريد ان تحد له وفي الصحيح عن زرارة عن
الباقر عليه السلام قال ان مات عنها يعني وهو غايب فقامت البينة على موته فعدتها من يوم
يأتيها الخبر اربعة اشهر وعشرا لان عليها ان تحد عليه في الموت اربعة اشهر وعشرا اذا احدث
اذا تقرر ذلك فنقول على هذا التعليل يشكل حكم الامة من حيث انه لا احداد عليها فينبغي عليه
تأخر العدة الى بلوغ الخبر منتفي المدلول ومن عموم رواية محمد بن مسلم في الصحيح عن الباقر عليه السلام
قال والمتوفى عنها زوجها وهو غايب تعتد يوم يبلغها الخبر ولو كان قد مات قبل ذلك بسنة
او سنتين احتج ابن الجنيد بما رواه عبد الله الحلبي في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال قلت
له امرأة بلغها نعي زوجها بعد سنة او نحو ذلك قال ان كانت [illegible]
حبلى فاجلها ان تضع حملها وان كانت ليست بحبلى فقد مضت عدتها اذا قامت لها البينة انه
مات في يوم كذا وكذا وان لم يكن لها بينة فلتعتد من يوم سمعت اجاب الشيخ رحمه الله بانه خبر شاذ

ثالثها عارضه اخبار كثيرة والعمل دونه والاقوى عندي ان عدة المتوفى عنها امة كانت
او حرة من حين بلوغ الخبر **الفصل الثاني** في السكنى **قال رحمه الله** المطلقة الرجعية
تستحق السكنى كما تستحق النفقة لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقال تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن
ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة والمراد بيوت ازواجهن وانما اضافه اليهن لاستحقاق
السكنى لا انها لهن للاصل ولقوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا يعني الرجعة ولانه عليه السلام لم يجعل
لفاطمة بنت قيس نفقة ولا سكنى وقال انما النفقة والسكنى لمن يملك زوجها رجعتها نفرقه لكن المراد
سبب استحقاق الكل لا كل واحد **قال** قدس الله سره والموطوءة بالشبهة لا سكنى لها و
لا نفقة وكذا المنكوحة نكاحا فاسدا وام الولد اذا اعتقها سيدها اما لو كان احدهن حاملا فانها
تستحق النفقة والسكنى على اشكال **اقول** هذه المسئلة مبنية على ان النفقة هل للحمل في
الطلاق والباين او للحامل فقال الشيخ انها للحمل لوجودها بوجوده وانتفائها بانتفائه كالزوجية
فانه لما ثبت ثبت النفقة ولما انتفت انتفت فكانت كالزوجية وقال ابن حمزة انها
للحامل لانها لو كانت للولد لسقطت عن الاب بيساره كما لو ورث من اخيه لامه وابوه قائل
ولا وارث له سواه ولوجبت على الجد مع عسر الاب لكن التالي في القياس باطل فالمقدم مثله
واجاب والدي بمنع بطلان التالي فيهما فعلى هذه القاعدة اذا قلنا انها للحمل تجب
وان قلنا للحامل لا تجب **قال** قدس الله سره ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها ولا سكنى
فان كانت حاملا قيل ينفق عليها من نصيب الحمل والاقرب السقوط **اقول** هنا مسئلتان
آ لا نفقة للمتوفى عنها زوجها اذا كانت حايلا اجماعا لزوال السبب وان كانت حاملا فكذلك
لا نفقة على المتوفى وهل تجب على نصيب الولد اختلف الاصحاب فقال الشيخ في النهاية تجب
واختاره ابن الجنيد ومحمد بن بابويه وابو الصلاح وابن البراج وابن حمزة وقال ابن ادريس لا ينفق
عليها واختاره المصنف وهو مذهب ابن ابي عقيل وهو اختيار الشيخ في الاستبصار وصرح
به الناب وادعاه احتج الاولون بوجوه آ قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى
يضعن حملهن وهو عام ب ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن احدهما عليهما السلام
قال والمتوفى عنها زوجها ينفق عليها من ماله قال الشيخ رحمه الله الضمير في ماله راجع الى الولد

لان

لان الحائل لا نفقة لها اجماعا فالمراد الحامل وانما قلنا برجوع الضمير الى الولد لما رواه الصباح
الكناني عن الصادق عليه السلام قالت المرأة الحبلى المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها
الذي في بطنها ج نفقة الحامل هنا نفقة الحمل ونفقة الحمل من ماله اما الصغرى فلما تقدم
واما الكبرى فظاهرة اذ المال قد انتقل الى الوارث وليس عليه نفقة الحمل والجواب
عن آ ان الخطاب في الاية للازواج ولا يتوجه الى الميت فالمراد المطلقات وعن ب
بانه معارض بما رواه العلا في الصحيح عن محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن
المتوفى عنها زوجها الها نفقة قال لا ثم ما لك ينفق عليها من مالها وترك الاستفصال مع
قيام الاحتمال يدل على العموم في المقال وعن ج ان الحمل لا يجب عليه شي ولا يحكم بملكه الا
مع انفصاله حيا كما قاله الشيخ المفيد انه قبل خروجه الى الارض حيا لا مال له وكيف ينفق على
الحبلى من مال من لا مال له احتج الآخرون بما رواه ابو الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام
في المرأة الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة قال لا وفي الحسن عن الحلبي عن الصادق
عليه السلام انه قال في الحبلى المتوفى عنها زوجها انه لا نفقة لها وهذا هو الاصح عندي للاصل ولقوله
عليه السلام انما النفقة للتي يملك زوجها رجعتها ب لا سكنى للمتوفى عنها زوجها ان كانت
حايلا قولا واحدا وان كانت حاملا قال بعض الجمهور لها السكنى وقال الشيخ لها من نصيب
ولدها والاقوى انه لا سكنى لها احتج القائلون بالوجوب بقوله تعالى والذين يتوفون منكم
ويذرون ازواجا وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج نسخ بعض المدة مع بقائها على
الوجوب والجواب انها منسوخة والحمل لا يجب عليه شي قبل خروجه **المطلب الثاني**
في صفة السكنى **قال** قدس الله سره ولو رحل اهلها وبقي من فيه منعة ويأمن معه فالاقرب
جواز الانتقال مع الاهل دفعا لضرر الوحشة بالتفرد عنهم **اقول** ومن عموم قوله تعالى لا
تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة والاقوى عندي احتياط
المصنف **قال** قدس الله سره وهل له اسكانها في سفينة تناسب حالها الاقرب
ذلك **اقول** وجه القرب تعين الاعتداد في موضع الطلاق وقد طلقها في السفينة والبدوي
ان السفينة مسكن معتاد لها وليس لها مسكن غيرها فجاز له اسكانها فيها نظرا الى العادة الشخصية ويحتمل

وجوب اسكانها في بيت لان اطلاق الشارع انما يحمل على الاغلب لا على النادر والاقرب
الاول **قال** قدس الله سره ولو طلقها غائبا او غاب بعد الطلاق ولم يكن له مسكن مملوك ولا
مستاجر استدان الحاكم عليه قدر اجرة المسكن وله ان ياذن لها في الاستدانة عليه فلو
استاجرت من دون اذنه فالوجه رجوعها عليه **اقول** لانها مطلقة رجعية وكل مطلقة
رجعية فنفقتها وسكناها على الزوج اما الصغرى فظاهرة واما الكبرى فاجماعية ويحتمل عدم
الرجوع اذ لم ياذن لها هو وهو ظاهر ولا وليه مع القدرة عليه اذ وليه الحاكم فانه ولي
الغياب فكانت متبرعة والاقوى الاول **قال** قدس الله سره ولو سكنت في منزلها
ولم تطالب بسكن فليس لها المطالبة بالاجرة لان الظاهر منها التطوع ولو قالت قصدت الرجوع
ففيه اشكال **اقول** منشاه من انها اعرف بقصدها ولان سكناها في منزلها وعدم مطالبته
مع تمكنها من المطالبة يكون ماضيه لديه بغير اذنه ولا اذن شرعي فلا ترجع لمن يصرف دين
غيره بغير اذنه ولا اذن شرعي ومن اصالة البراءة والاقوى عندي رجوعها لان حق السكنى
لها ثابت فلا يسقط الا باداية اليها او اسقاطها صريحا او علم التبرع وليس شيء من هذه ثابت
هنا **قال** قدس الله سره لو مات بعد الطلاق الرجعي سقط حقها من نفقة العدة الا
مع الحمل على راي **اقول** قد تقدم الخلاف في ان الحامل المتوفى عنها هل ينفق عليها
ام لا **المطلب الثالث** في اذن الانتقال **مقدمة** المعتدة المستحقة للسكنى تسكن في
المسكن الذي كانت فيه عند الفراق الا ان يمنع مانع ما سنذكره المصنف وليس لها الخروج
منه وللزوج الاخراج ولا اليهما لما ورد في القران ولو اتفقا على النقل منع الحاكم لان فيه حقا
لله تعالى كما ان في العدة حق له تعالى ويفارق سكنى النكاح لتمحضها للزوجين فان
انتقلت من مسكن الى اخر ثم طلقت اعتدت في الثاني ولا اعتبار بنقل رحلها خاصة
قال قدس الله سره ولو خرجت من المنزل الى موضع احتاج القافلة او ارتحلوا فطلقت
قبل مفارقة المنازل فالاقرب الاعتداد في الثاني **اقول** وجه القرب انها فارقت
الاول باذن الزوج فاصلت الى الثاني باذن الزوج قبل الطلاق فكانت كما لو طلقت
في الطريق ويحتمل في الثاني من حيث انها ليست فيه وهي في حكم الاول فترجع اليه والاول

اقوى

اقوى **قال** قدس الله سره ولو كان سفرها للتجارة او الزيارة ثم طلقت فالاقرب
انها تتخير بين الرجوع والمضي في سفرها **اقول** لما بين المصنف حكم سفر الانتقال ذكر
هنا سفر غيره وهو نوعان مباح محض كالتجارة وطاعة كالزيارة فاذا طلقت بعد استقرارها
في السفر ففيه احتمالات ثلاثة أ انها تتخير في الرجوع والمضي في سفرها لانها غير
مستوطنة لو احدهما ولان الاول مسكنها لم ينتقل عنه فجاز الرجوع اليه ولانها صارت الى
الموضع الذي اذن لها فيه وهو السفر فجاز لها المضي فيه ولان عليها مشقة في الرجوع
ب اعتدادها في السفر **ج** الرجوع لانه منزلها والاقوى عندي اختيار المصنف
قال قدس الله سره ولو اذن لها في الاعتكاف ثم طلقها خرجت وقضته ان كان
واجبا سواء تعين زمانه على اشكال اولا **اقول** الاشكال فيما اذا تعين زمانه ومنشؤه
من تعارض الواجبين المضيقين المعيني الزمان فان قلنا بوجوب الخروج هل يجب القضاء
فيه اشكال منشاه من ان العذر ليس باختيارها وعدم قبول الزمان له فلم ينعقد النذر فلا يجب
القضاء ومن انه قد وجب عليها النذر ولم تفعل فيجب القضاء لاصالة صحة النذر كالحيض
في رمضان **قال** قدس الله سره ولو اذن لها في الخروج الى منزل اخر ثم طلقها في الثاني
ثم اختلفا فقالت نقلتني فانا اعتد في الثاني وقال ما نقلتك احتمل تقديم قولها لان الاذن
في المضي اليه ظاهر للنقلة وتقديم قوله لان الاختلاف في قصده وهو اقرب **اقول** اذا اذن
لها في الخروج الى منزل اخر ثم طلقها واختلفا فقالت نقلتني الى هذا الموضع وقال ما نقلتك احتمل
تقديم قولها وهو قول بعض الفقهاء لان اذنه لها في المضي الى هذا الموضع ظاهر في الانتقال
فكانت دعواها توافق الظاهر لانها في الحال في المنزل الثاني فهو كيد في يد انسان يدعيه
عين فخرج بعض الخلاف من تقابل الاصل والظاهر فان الاصل عدم الاذن في النقلة
واختار المصنف تقديم قوله لانه اختلاف في ارادته وقصده فالقول قوله في ذلك كما لو خاطب
بلفظ يحتمل لمعنيين حقيقة ثم اختلف القائل والمخاطب في قصده فان القول قول المتكلم
هذا اذا كان الاذن في المضي اليه من غير ذكر شيء اخر اما لو ادعت انه قال تلبث اخرجت
للنقلة فانكر فالقول قوله ولو ادعى انه قال اخرجي لحاجة او للنزهة فانكرت فالقول قولها

الباب الثاني في الخلع مقدمة الخلع بفتح الخاء النزع ومنه خلع الرجل ثوبه وبضمها ازالة قيد النكاح بعوض منها وكراهتها للزوج دونه بلفظ خلعت وعرفه المصنف بازالة قيد النكاح بفدية والمراد بفديه لازمة لماهيته فلا يرد النقض بالطلاق بعوض وسمي خلعا استعارة من نزع الثوب لقوله تعالى هن لباس لكم وانتم لباس لهن فكان كل واحد منهما بمفارقة الاخر بنزع لباسه وسمي الخلع افتداء لان المراة تفدي نفسها من زوجها بمالها والاصل فيه قوله تعالى فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به وحبيبة بنت سهل خالعها زوجها ثابت ابن قيس على حديقة كان اصدقها اياها بين يدي النبي عليه السلم باذنه فيه وهو اول خلع وقع في الاسلام **قال** قدس الله سره وفي وقوعه بمجرده من غير اتباع بلفظ الطلاق قولان **اقول** قال المفيد والمرتضى وابن الجنيد يقع بمجرده من غير اتباع بلفظ الطلاق وهو الظاهر من كلام ابن ابي عقيل والمفيد والصدوق وسلار وابن حمزة وقال الشيخ في المبسوط لا يقع بمجرده بل لا بد من اللفظ بالطلاق وهو مذهب ابن البراج في المهذب وابن ادريس ونظر من كلام ابي الصلاح و اختار شيخنا في المختلف وقوعه بمجرده وهو الاقوى عندي لنا ما رواه محمد بن اسمعيل بن بزيع في الصحيح قال سالت ابا الحسن الرضا عليه السلام عن المراة تباري زوجها او تختلع منه بشهادة شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك او هي امراته ما لم يتبعها بالطلاق فقال تبين منه قلت له قد روي انها لا تبين منه حتى يتبعها بالطلاق قال ليس ذلك اذن خلع فقلت تبين منه قال نعم وهو نص في الباب احتج الشيخ بما رواه موسى بن بكير عن ابي الحسن الاول عليه السلام قال المختلعة يتبعها الطلاق ما دامت في عدتها احدث والجواب موسى بن بكير واقفي وفي الطريق ايضا علي بن فضال وفيه قول **قال** قدس الله سره وهل هو فسخ او طلاق ينقص به عدده قولان **اقول** الخلع يقع به البينونة اجماعا واختلف في انه هل هو فسخ او طلاق قال المرتضى وابن الجنيد انه طلاق وينقص من عدد الطلاق واختاره والدي في المختلف قال الشيخ تفريعا على القول بوقوعه بمجرده الاولى انه فسخ لا طلاق والا لكان كناية في الطلاق لا صريحا والطلاق لا يقع بالكناية احتج الشيخ بقوله تعالى

الطلاق

الطلاق مرتان ثم قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم **قال** فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فذكر تطليقتين والخلع وتطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقا لكان اربعا لانها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسخا كساير الفسوخ والاقوى عندي اختيار المرتضى لانها بذلت عوضا عن الفرقة التي يملكها الزوج والفرقة التي يملك الزوج ايقاعها هو الطلاق دون الفسخ ولان ثابت بن قيس لما خلع زوجته بين يدي النبي عليه السلام لم يامره بلفظ الطلاق بل لما خالعها قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتدي ثم التفت الى اصحابه فقال هي واحدة ولان الزوجين لا يملكان فسخ النكاح بالتراضي لان المقصود منه الدوام والتاكيد ويتفرع على ذلك انه هل ينقص به عدد الطلاق فان قلنا انه فسخ لم ينقص به ولا ينقص وعلى انه فسخ يجوز تجديد النكاح والخلع من غير حصر ولا احتياج الى محلل في الثالث وبخلاف ذلك على انه طلاق **قال** قدس الله سره وهو انما حرام كان يكرهها لتخالعه ويسقط حقها فلا يصح بذلها ولا يسقط حقها ويقع الطلاق رجعيا ان تبع به والا بطل وكذا لو منعها حقها من النفقة وما يستحقه حتى خالعته على اشكال **اقول** ينشا من انه اكراه اولا لان منع فوايد النكاح وحقوقه ينفي فايدته فكان اكراها ومن انه لا يعد اكراها والاقوى عندي انه لا يصح لقوله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا شرط في حل الفدية احتياره وطيبة نفوسهن وهو منتف ولقوله تعالى ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيئا **قال** قدس الله سره واما مستحب بان تقول لادخلن عليك من تكرهه وقيل يجب **اقول** الاول هو المشهور والثاني اختيار الشيخ في النهاية وابي الصلاح وابن البراج في الكامل وابن زهرة وهو احق للاصل احتج الشيخ بوجوب النهي عن المنكر ولا يتم الا بهذا الخلع وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب والجواب المنع من المقدمة الثانية قال والذي في المختلف والظاهر ان مراد الشيخ بذلك شدة الاستحباب **قال** قدس الله سره ولو اتت بالفاحشة جاز له عضلها لتفتدي به نفسها وقيل انه منسوخ **اقول** وجه الاول قوله تعالى ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما اتيتموهن الا ان ياتين بفاحشة مبينة والاستثناء من النهي اباحة ولانها اذا زنت

المقصود

لم يأمن ان يلحق به ولداً من غيره ويفسد فراشه فلا يقيم حدود الله تعالى في حقه فيدخل
في قول الله تعالى ان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ووجه الثاني
ما تقدم وقوله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً والمشروط عدم عند
عدم الشرط واجاب بعضهم عن حجة الاولين بان الآية الاولى التي استدلوا باستثنائها
منسوخة قال الشيخ في المبسوط ما معناه ان النسخ خلاف الاصل يحتاج الى دليل ولم يثبت واختار
رحمه الله الاول قال قدس الله سره ولو كانت ثالثة فالاقرب انه لا رجعة لها من بذلها
اقول وجه القرب يبتني على مقدمتين آ ان الخلع طلاق ب انما يكون لها الرجوع
في البذل في كل موضع يمكن رجوع الزوج في النكاح بالنظر الى الخلع لا بسبب امر خارج
يمكن زواله فانه لو خالعها ثم تزوج باختها او بخامسة قبل رجوعها وقلنا بصحته فان
الاقرب عند المصنف ان لها الرجوع لان منع رجوعه انما هو لعارض يمكن زواله كان
يطلق الاخت او الخامسة بائناً في العدة فان له الرجوع حينئذ لو قال المانع بخلاف ما
اذا كانت ثالثة فان هذا الخلع لا يمكن معه الرجوع لذاته وايضاً فقد قيل ان يرجعوها
يصير الطلاق رجعياً وهذا لا يمكن ان يصير رجعياً البتة فلا يمكن رجوعها ويحتمل ضعيفاً جواز
رجوعها وهذا الاحتمال لا اعتبار به عندي قال قدس الله سره نعم لو رجعت في
البذل جاز له الرجوع في العدة وليس له ان يتزوج باختها ولا برابعة بعد رجوعها
في البذل وهل له ذلك قبله اشكال منشؤه الكينونة ومن حيث انها متزلزلة اقول
ايضاً من انه في حكم الرجعي ومن انه بائن قبل الرجعة والاقوى عندي انه لا يجوز
لانه يستلزم امكان ان يجتمع اكثر من العدد في حباله ورجعيه شرعاً وهو محال
قال قدس الله سره فان جوزناه فرجعت في العدة فالاقرب جواز رجوعها وليس له
حينئذ ان يرجع اقول وجه القرب وجود المقتضي وعدم المانع لانه لا مانع لها وعدم
رجوعه للمانع ولم يثبت في حقها ومن حيث ان تمكنه من الرجوع لازم لرجوعها واللازم منتف
فينتفي الملزوم قال قدس الله سره ولو رجعت ولما يعلم حتى خرجت العدة فالاقرب
صحة رجوعها ومنع رجوعه اقول وجه القرب وجود المقتضي وعدم المانع كما تقرر ويحتمل

علم

عدم صحة رجوعها لانه يستلزم لتخييره في الرجوع ولم يحصل لانه موقوف على علمه وعدمه
منها واعلم ان كلام الاصحاب كالشيخ يظهر منه تلازم جواز رجوعهما المقصد الثاني
في اركانه وفيه مطالب الاول الخالع قال قدس الله سره ولو ادعت وقوعه
حال جنونه وادعى حال الافاقة او بالعكس فالاقرب تقديم قول مدعي الصحة اقول
يعم النص على تقديم قول مدعي الصحة في الواقع مع امكانها ومن حيث انها يجهل بالشرط
قال قدس الله سره ولو خالع ولي الطفل بمهر المثل صح ان قلنا هو فسخ والا فلا اقول
صحة خلع ولي الطفل عنه موقوف على مقدمات اربع آ انه فسخ ب انه لا يحتاج الى أن
يتبع بالطلاق ج ان يكون بمهر المثل او باقل مع مصلحة الطفل ولا بد من اعتبار المصلحة
في الصورتين د ان الولي يملك فسخ النكاح وعلى القول بان الخلع طلاق او يتوقف
على اتباعه بالطلاق فانه لا يقع من الولي قال قدس الله سره ولو خالع السفيه
بعوض المثل صح ولا يقبضه بل وليه فان سلمته اليه لم تبرأ فان كان باقياً اخذه وليه وبرئت
وان اتلفه كان للولي مطالبتها به لا بمهر المثل وليس لها الرجوع على السفيه بعد فك الحجر
لانها سلطته على اتلافه بتسليمه اليه ولو اذن لها الولي في الدفع اليه فالاقرب براءة ذمتها
اقول كل من صح استقلاله بالطلاق صح استقلاله بالخلع ويتفرع على ذلك صحة الخلع
من السفيه وذكر والدي عليه السلام هنا بعوض المثل ولا شك في صحته بعوض المثل لكن
ان كان قصده الصورة الاجماعية واعرض عن غيرها وهو حكم بامر فلا اشكال فيه وان
قصد اشتراطه ففيه نظر لانه لا يزيد على الطلاق مجاناً وطلاقه مجاناً بالافتداء خصوصاً
على القول بانه طلاق وعلى القول بصحة النكاح لو زوج الولي الصغير بدون مهر المثل
فصحة الخلع هنا اولى والاطلق والذي قدس الله سره في التحرير صحة خلع السفيه
ولم يشترط عوض المثل وهذا هو الصحيح عندي ويتفرع على صحة خلع السفيه ملكه
للعوض وضمانها له الى ان يصل الى مستحق القبض والسفيه لا يستحق قبضه فلا تبرأ
بتسليمه اليه فاذا سلمته اليه كان في ضمانها وقدم السبب هنا على المباشر لانها بتسليمها
اليه سلطته عليه فصار السبب اقوى ولا يرجع على السفيه بعد رشده ويرجع على العبد

بعد عتقه لانه كلما كان نفي الضمان للمحجر لحق الغير نفي الحجر ما بقي حق الغير وكلما
كان لحفظ ماله لنقص فيه اسفي بنفي الضمان حالا ومالاً والا لم يحصل حفظ ماله فاسقت
فايدة الحجر فرجع بالابطال على الاصل هذا اذا كان التسليم بغير اذن الولي فان اذن الولي
لها في التسليم فالاقرب براءة ذمتها ويحتمل العدم لانه اذن فيما لا يصح والاصح الاول وانما طولنا
في هذه المسئلة لانها موضع اشتباه **قال** قدس الله سره وفي الصبي لو اذن له الولي
اشكال وكذا المجنون اقربه عدم البراءة **اقول** منشاو الاشكال من امر الولي ومن عدم
اعتبار فعلهما وهذا هو الاقرب والاصح عند والدي وعندي والفرق بينهما وبين السفيه ظاهر
لانه مكلف **قال** قدس الله سره وهل لها الرجوع على الولي مع جهلها اشكال اقربه ذلك
لانه سبب **اقول** ويحتمل العدم لفساد الاذن وتفريطها بتسليمها الى من لا يصح قبضه
باذن فاسد وجاهل الحكم لا يعذر والحق الاول لان اذنه سبب للاتلاف والمباشر هنا
ضعيف والولي غرها بالتسليم الى الصبي والمغرور يرجع على من غره لانه هنا هو المتلف باسره
بالتسليم وكان يمكنه الحفظ بعضه فان اسع رجوع الصبي بعد بلوغه على المراة رجع على
الولي لما لو سلمه الولي شيا بلغ من ماله فاتلفه **قال** قدس الله سره وهل للعبد الخلع
بغير اذن مولاه اقربه ذلك ان جعلنا طلاقاً او فسخاً على اشكال **اقول** وجه الاحتمال
وقوفه على اذن المولى انه معاوضة مالية ابتداء لقوله تعالى لا جناح عليكم فيما افتدت به
وكل ابتداء معاوضة ما والعوض يملكه المولى فيقف على اذنه والحق انه ان قلنا
انه طلاق والطلاق بيده فكان هذا الخلع بيد العبد لا المولى وان قلنا انه فسخ قال
المصنف فيه اشكال ومنشوه ان هذا الفسخ بعوض فكانت معاوضة محضة من الطرفين
كالنكاح والبيع الا ترى انه لا يشترط وروده على عوض النكاح بل يجوز ايراده على عوض
جديد ويشترط فيه التواصل والتطابق بين طرفيها كالبيع والنكاح ولانه ياخذ مالا في
مقابلة ما يخرجه من ملكه ولبطلانه ببطلان العوض ويحتمل عدم الحاقه بالمعاوضات المحضة
لانها انما تكون مع كون العوضين ماليين وقد ظهر من ذلك الفرق بين الطلاق والفسخ وانما
ذكر المصنف الاشكال في الفسخ لاظهار الفرق خاصة والاقوى عندي انه لا يتوقف على القولين

وهو

وتقرر

وهو اختيار المصنف في التحرير **المطلب الثاني** في المختلعة **قال** قدس الله سره
ولو خالعت الامة مولاها باذن مولاها صح فان اذن في قدر معين من ذلته تعلق بما في
يدها ان كانت ماذوناً لها في التجارة وان لم تكن ماذوناً لها في التجارة تعلق بكسبها ولو لم
يكن ذات كسب تعلق بذمتها تتبع به اذا اعتقت وايسرت ولو قيل تعلق بالسيد مع الاذن
مطلقا كان حسنا **اقول** الاول قول الشيخ في المبسوط والاخر اختيار المصنف لانه
لم يحصل العوض باذنه فعلت فكان العوض عليه وهذه المسئلة تبنى على انه لو اذن السيد
لعبده في النكاح هل يكون المهر على السيد او في كسبه **المطلب الثالث** الصيغة
قال قدس الله سره ولو نوى بالخلع الطلاق ففي وقوعه اشكال **اقول**
هذه المسئلة مبنية على ان الخلع هل هو فسخ او طلاق فان قلنا بالاول لا يقع لانه يكون
كناية في الطلاق حينئذ لانه تخارفيه ولا يقع عندنا بالكناية وان قلنا انه طلاق فعلى اشتراط
اتباعه بالطلاق لم يقع لانه حينئذ كناية ولا يصح بالكناية عندنا وان قلنا انه لا يشترط فيه
كان صريحاً ووقع وقد بينا الخلاف ووجه كل قول في المختلف فيما تقدم والاقوى عندي انه
طلاق لقوله عليه السلام في قضية ثابت بن قيس هي واحدة حكم عليه السلام بانه طلاق لو انه
يقع بمجرده بحكمه عليه السلام في قضية ثابت بالبينونة ولم يتبع بلفظ الطلاق **قال**
قدس الله سره ولو نوى بفسخ اذا فسخ لعيب الطلاق لم يقع وهل يلزم النكاح الاقرب ذلك
اقول وجه القرب ان ارادة الطلاق يدل على الرضا بالنكاح ويحتمل عدمه لعدم
وقوع الطلاق والالتزام بالنكاح تابع له واذا لم يقع المتبوع لم يقع التابع وفيه منع **قال**
قدس الله سره ولو طلبت منه طلاقاً بعوض فخلعها مجرداً عن لفظ الطلاق لم يقع على القول بانه
طلاق ولا على الاخر ولو طلبت منه خلعاً بعوض فطلق به وقع الطلاق رجعيا ولم يلزم البذل
ان قلنا انه فسخ ويلزم على انه طلاق او مفتقر اليه **اقول** اللفظ الدائر بين الزوجين
سواء كان من جانب المراة واجابه من جانب الزوج اما ان يكون واحداً او متجانس اولا فان
كان الاول ثبت حكمه وان كان اللفظ فعنيه مسئلتان **آ** ان يسال الطلاق فيجيبها بالخلع
مجرداً عن لفظ الطلاق لم يقع الخلع لان سوالها طلاق وبذلها عليه والطلاق صريح في معناه

نفيسا سفر على الزامة حكمه والخلع فيه قولان فعلى قول انه فسخ ولم يعقبه بالطلاق لم يأت بما
سألته وما بذلت عنه فلا يكون له العوض ومتى بطل العوض بطل الخلع وان قلنا انه طلاق
فعلى قول من يجعله كناية لم يجبها بما سألت وبذلت لانها سالت الصريح فاجابها بكناية وعلى القول
بانه صريح لم يجبها بما سألت ايضا لانها سألت صيغة صريحة بالاتفاق نفيسا واجابها بمسئلة اجتهادية
مختلف فيها ولذلك قال على القولين ب ان سألته خلعا بعوض فطلقها به فهنا على القول
بانه فسخ لم يجبها بما بذلت في مقابلته فيبطل العوض ويقع الطلاق رجعيا ولم يلزم العوض وان
قلنا انه طلاق وقع الطلاق بعوض وكان له العوض لانها سألته بينونة بكناية فاجابها
بصريح وهو آكد وعلى القول بانه مفتقر الى الطلاق واتى بالطلاق يكون له العوض لان
القائل بهذا القول يجعله كناية عن الطلاق والكناية لا تقع بها وانما تقع بالطلاق الذي يعقبه ولا
اعتبار حينئذ بالخلع وفيه نظر لاستحالة خلو شرع الشارع حكما عن الفائدة وانه يؤثر شيئا واعلم
ان المصنف صور المسئلة الاولى بانه خلعها مجردا عن الطلاق وفي الثانية سألت خلعا مطلقا
قال قدس الله سره وهل يتولى البذل والايقاع وكيل واحد عنهما الاقرب الجواز اقول
هذه المسئلة مبنية على البيع والنكاح وسائر العقود فان قلنا ثم بالجواز فهنا اولى لان البذل
جعالة والمؤثر في البينونة الصيغة الصادرة من الزوج فهو ليس من فصل العقود وان قلنا ثمه
بالمنع كان ادون فالاقوى هنا الجواز لانه ايقاع ويحتمل المنع ان قلنا انه عقد وقلنا
بامتناعه في العقود فعلى القول بعدم الجواز نقول الممنوع منه ليس التوكيل بل مباشرة البذل والخلع
من واحد اما الوكالة فصحيحة فعلى هذا يصح للوكيل ان يتولى ما شاء من الطرفين مع الاخر او وكيله
فايدة توكيل المرأة فيما لها وهو ان يجد استدعاء الخلع او الطلاق وتقدير العوض وبذله
في مقابله ما استدعته من الخلع او الطلاق وتسليمه فلا يصح توكيلها عن هذه الامور والرجل
يوكل فيما له وهو شرط العوض وايقاع الطلاق او الخلع في مقابلة البذل ولا يصح توكيل
واحد منهما عن ماله المطلب الرابع في الفدية قال قدس الله سره ولو خالعها
على عين مستحقة اما مغصوبة او لا فان علم فسد الخلع ان لم يتبعه بالطلاق وان اتبعه كان رجعيا
فان لم يعلم استحقاقها بطل الخلع ويحتمل الصحة ويكون له المثل او القيمة ان لم يكن مثليا اقول

قال الشيخ في المبسوط يبطل الخلع ويمكن الاحتجاج بان العوض لازم لماهية الخلع وبطلان
اللازم يستلزم بطلان الملزوم ووجه احتمال الصحة ان المعاوضة هنا ليست حقيقية كما في البيع
والاصل في العقود الصحة فلا يؤثر بطلان عين العوض في بطلانه بل يضمن المرأة المثل ان
كان مثليا او القيمة ان لم يكن كذلك والاقوى عندي بطلان الخلع قال قدس الله سره
ويصح البذل منها ومن وكيلها او وليها عنها وممن يضمنه باذنها وهل يصح من المتبرع الاقرب المنع
اقول قوله وهل يصح الضمير فيه يحتمل ان يكون راجعا الى الضمان فيكون البحث
في انه اذا قال خالع زوجتك على مائة وعلي ضمانها فان هذه الصيغة اعتبرها الشارع في الضمان
في موضع بالاجماع وهو الق متاعك في البحر وعلي ضمانه وفي ضمان ما يحدثه المشترى من بناء
وغرس على قول جماعة وقريب في الابراء منه في قولهم في تطبيب او بيطرة فلنا خذ البراءة من وليه
ولا فهو ضامن والابراء انما يكون على ضمان وليس بثابت وقرره الشارع وصح الابراء به وعلى
هذا الاحتمال هل يصح الاقرب لا وهو اختيار المصنف هنا لانه ضمان ما لم يجب لانه عوض عن ملك
البضع ليرجع الى المرأة ولا يصح ان يملك احد عوضا وعوضه على غيره ولانه على خلاف الاصل فيقتصر
فيه على محل النص ووجه الجواز انه افتداء للاذية والافتداء يصح من الاجنبي ويحتمل رجوع الضمير
في يصح الى البذل واختار المصنف عدم الصحة وهو الاصح قال قدس الله سره اما لو قال
طلقها على الف من مالها وعلي ضمانه او على عبدها هذا وعلي ضمانه صح فان لم ترض بدفع البذل
صح الخلع وضمن المتبرع على اشكال اقول منشاه من انه ضمان ما لم يجب ومن ان الضرورة
قد تدعو الى ذلك كالق متاعك في البحر وعلي ضمانه قال قدس الله سره ويصح جعل
الارضاع فدية ويشترط تعيين المدة والمرتضع وكذا النفقة بشرط تعيين المدة وقدر ما من
الماكول والملبوس فان عاش الى قوله ولو لم يحمل الصبي اليها للرضاع مع امكانه حتى انقضت
المدة ففي استحقاقه العوض نظر اقول يصح جعل النفقة الواجبة عليه كنفقته او
نفقة من يجب عليه فدية بالشرائط المذكورة لان الفدية له حينئذ اما مع عدم وجوبها عليه ففيه
نظر من حيث انه عوض عن ملكه فيجب ان يكون له واذا لم يجب النفقة عليه فالعوض لغيره ومن
انه مقصود مرغب فيه فيصح ويملكه اولا بالاحرى ويتقل منه الى من شرطه له تمامه كما عتق

عبدك عنى ووجه النظر فى انه اذا لم يحمله اليها انه لم يحصل له العوض الذى وقع عليه الصلح وتعذر بانقضاء
للزم فيجب عليها عوضه ومن انها قد بذلت له ذلك ومكنته وهو امتنع من استحقاقه فلا تضمن عوضه
والاقوى بطلانه المطلب الخامس فى سؤال الطلاق قال قدس الله سره ولو قالت
طلقنى ثلاثا على ان لك على الفا فطلقها قيل لا يصح لانه طلاق بشرط والوجه انه طلاق فى
مقابلة عوض فلا تعد شرطا اقول البحث هنا فى مقامين آ فى تفسير هذه الصيغة وهى
قوله طلقتك على ان لى عليك الفا من غير التفات الى عدد الطلقات فانه لو قالت طلقنى واحدة
على ان لك على الفا فقال طلقتك واحدة على ان عليك الفا كان الخلاف جاريا فى صحته وفساده
ولنقدم ان نقول اختلف الاصحاب فيه فقال الشيخ انه طلاق بشرط لان على التى يحققها
ان من ادوات الشرط والطلاق بشرط لا يصح واحتج على الصيغة بانه ورد فى القران استعمالها
فى الشرط فى قوله تعالى قال له موسى هل اتبعك على ان تعلمنى مما علمت رشدا والاصل فى الاستعمال
الحقيقة وبهذه الصيغة مشهور فى العرف انها للشرط واجاب المصنف بمنع كونها من
ادوات الشرط حقيقة بل هى للعوض وقد ورد فى القران فى قوله تعالى هل نجعل لك خرجا على ان
تجعل بيننا وبينهم سدا وفى قوله تعالى انى اريد ان انكحك احدى ابنتى هاتين على ان تاجرنى ثمانى
حجج فان اتممت عشرا فمن عندك فجعلها عوض البضع او رد بكون مشتركا فلا يجزم بالصحة لاحتمال
ارادة الشرط وكل عقد كذلك فهو باطل والجواب انه اذا تعارض المجاز والاشتراك فالمجاز
ارجح وعد اهل اللغة ادوات الشرط ولم يذكروا على فيها والاصح عندى اختيار المصنف والفرق
بين هذه الصيغة وبين طلقنى ثلاثا بالف ان الباء للعوض اتفاقا ت **مقدمة** من حيث جعل الالف
فى مقابلة الثلاث وهذه المسئلة هى المذكورة فى هذه المقالة قال قدس الله سره فان قصدت
الثلاث ولاء لم يصح البذل ولو طلقها ثلاثا مرسلا لانه لم يفعل ما سألته وقيل له ثلث الالف لوقوع
الواحدة وفيه نظر اقول هذه المسئلة مبنية على قوله ولاء هو ان يقول انت طالق انت
طالق وانت طالق والمرسل هو ان يقول انت طالق ثلاثا **مقدمة** اذا سألت المراة الطلاق
والتمسته ببذل فاجابها الزوج فان هذا معاوضة من جهته وجعالة من جهتها اما انها معاوضة فلانه
يحصل ملك البضع للمراة ويزول عنه بما تبذله من العوض واما مشابهته للجعالة فلانها جعلت

٣٥٨
المال فى مقابلة ما يستقل الزوج بفعله وهو الطلاق فاذا اتى به وقع الموقع وحصل مقصودها الذى
هو غاية لها فى بذل المال اذا تقرر ذلك فنقول هنا مسائل آ ان تقصد الثلاث ولاء
ويوقع الثلاث ولاء ب ان لا تعتبر قصدها لكن يوقعها مرسلا وقد اختلف الفقهاء فيها بين
المسلمين فقال كثير من الامامية تبطل البذل ولا شئ له اما فى الاولى فلا ستباع الغاية المجعول عليها
عندنا وعند كثير من المخالفين لان الطلاق الثانى اوقعه على المطلقة واما فى الثانية فلانه
لم يات بما سالت وقيل فى المسئلتين له ثلث الالف لانها جعلت فى مقابلة عدد وقد حصل لها
ثلثه فيكون له ثلث الالف توزيعا للمسمى على العدد المسئول قال والثلثى قدس الله سره وفيه نظر
منشؤه قول الشيخ فى المبسوط فانه قال ان له الثلث كما ذكرنا والاصح انه لا شئ له لانها انما بذلت
فى مقابلة المجموع ولم يحصل ولانه لا دلالة على التوزيع بشئ من الدلالات الثلث ولم يجعل فى مقابلة الواحدة
شيئا ولان الطلاق فى نفسه غير متقوم ولا عوض له الا ما بذل عنه وقوبل باتفاقه على الوجه
الذى طلب جامعا للشرائط ولم يحصل منها البذل الا على المجموع من حيث هو مجموع فلا يكون له شئ
على الواحدة والضابط انه كلما حصل للمجموع حكم مطلوب لم يحصل لواحد من اجزائه ولم يكن الاجزاء
متقومة فى نفسها فان بذل العوض عن المجموع من حيث هو مجموع لا يستلزم تقسيطه على الاجزاء الا مع
النص على مقابلة الاجزاء بالاجزاء قال قدس الله سره ولو قصدت ثلاثا برجعتين فان
طلق ثلاثا فله الالف وان طلق واحدة قيل له الثلث وفيه نظر لان مقابلة الجمع بالجملة لا يقتضى مقابلة
الاجزاء بالاجزاء اقول الفرق بين هذه المسئلة والمتقدمة عليها ان التى قبلها طلبت ثلاثا
من غير رجوع بينها والبذل على هذا الوجه فاسد عند المصنف واما هذه المسئلة فانها على الثلاث
برجعتين اذا عرفت ذلك فنقول القول بان له الثلث للشيخ رحمه الله ووجه النظر ما ذكره
المصنف ومستنده ما ذكرنا فيما قبل واعلم ان هنا اشكالا وهو اتصال الطلاق بالبذل
بلا فصل شرط فى صحته فاذا جعل الالف فى مقابلة الثلاث والطلاق الثانى لا يتصل بالبذل
لتخلل زوال النكاح بالطلاق الاول والرجعة واجيب عنه بان ذلك من مقدمات الطلاق
ومصححاته فلا تعد فصلا والاتصال فيها هو بالتدريج انما هو بالجزء الاول واتصال الثانى به
عندى فيه نظر فان البذل ليس عن الاول وبدونه يكون على طلاق يحصل فى نكاح اخر فلا يصح

المبتدا فكذا الباقي ويزيل الرجعة منزلة النقار مجازا بخلاف الاصل فلا يكون له حكمه
من كل وجه **قال** قدس الله سره ولو قالت طلقني واحدة بالف فطلقها ثلاثا ولا وان
قال الالف في مقابلة الاولى فله الالف ووقعت بائنة ولغت الباقيتان وان قال في مقابلة
الثانية فالاولى رجعية ولا فدية والباقيتان باطلتان ولو قال في مقابلة الجمع وقعت
الاولى فقبل وله ثلث الالف ولو قبل الالف كان وجها حسنا وفق ما طلبته **اقول** قال الشيخ
في المبسوط له ثلث الالف لانه جعل الالف في مقابلة الكل فيكون في مقابلة كل واحدة ثلث
الالف وقال المصنف له تمام الالف لانها جعلت الالف في مقابلة طلقة واحدة ففعل ما جعل
له عليه وكمل فعل ما جعل له عليه شيء استحق ذلك المعين فيحتمل ان يستحق الالف والصغرى
ظاهرة لانه النقدير واما الكبرى فلانه عندنا لا يقع الثلاث وانما تقع واحدة فبلغوا الضميمة والفرق
بين هذه وبين ما لو قالت شريت منك هذا العبد بالف فقال بعتكه مع هذين العبدين الاخرين بالف
وقلنا بصحة تقديم القبول فان البيع يبطل قولا واحدا عندنا ان البيع معاوضة محضة والخلع
شبيه بالجعالة من وجه وانما قيد بقوله ولاء احترازا عن ان يطلقها ثلاثا برجعتين فانه ليس له شيء قطعا
لان المسؤول الطلقة البائنة لان الطلقة في مقابلة عوض فهو بائن وانما سألته طلقة في مقابلة عوض
والثاني هي الثالثة ولم يصحب السؤال بل باخر فلا عوض له عنها **قال** قدس الله سره ولو
كانت معه على طلقة فقالت طلقني ثلاثا بالف فطلق واحدة كان له ثلث الالف وقيل له الالف
مع علمها لان معناه كمل لي الثلاث لتحصل البينونة والشيخ جعلها بانه لم يبق له الا طلقة واحدة
فان ادعى علمها قدم قولها مع اليمين **اقول** وجه قول المصنف انه جعل في مقابلة عدد
وكل جعل على عدد يوزع عليه لانه مقتضى الجعالة والقائل بالتفصيل المذكور هو الشيخ في المبسوط
ووجهه انه اذا كانت عالمة لم تبذل في مقابلة ثلاث ستاتيه لعلمها بانها لا يحصل والعاقل لا ينزل
كلامه الا على الصحيح بل يكون مقصودها الحرمة الكبرى لانها الغاية المقصودة من الثلاث
فكانها قالت كمل لي الثلاث فاما مع جهلها فمقصودها صورة العدد المسؤول فيوزع عليه ووجه
الحرمة لا تشترك الطلقة وانما تثبت بها وبما قبلها فيكون حكمها حكم الاولى والثانية وكذا الامر
في كل علة مع معلولها وقد ذكرت ان الاقوى عندي انه كلما كان البذل على مجموع لم يقسط

مع وقوع بعضه خاصة فلا وجه عندي للثلث بل التحقيق انه ان قصدت بقولها ثلاثا تكميل
الثلاث فحصل التحريم الحاصل من الثلاث فله الالف والا فلا شيء له **فرع** لو ادعى
عليها بانها معه على طلقة واحدة وانكرت كان القول قولها في عدم العلم مع الف لانها منكرة
وهنا قاعدة كلية هي ان كل من ادعى عليه بالعلم بشيء وانكر مع احتمال الانكار فالقول قوله
مع اليمين اجماعا **قال** قدس الله سره وكذا لو قالت بذلت في مقابلة طلقة في هذا النكاح
وطلقتين في نكاح اخر **اقول** البحث هنا كما مضى لكن هنا يحتمل ان يقال انه نص على جعل
في مقابلة هذه الطلقة والفرق بين هذه المسألة والمتقدمة الاحتمال والتفصيل فان في الاول
يحتمل ان يكون الجعل في مقابلة تكميل الثلث بخلافه هنا وما بها نصيب على ان يكون العوض
على طلقة في هذا النكاح وطلقتين في غيره فلا يحتمل جعل الكل في مقابلة تكميل الثلث لو سبقها
طلقتان في هذا النكاح ويحتمل ان يكون الثلث في مقابلة هذه الطلقة الواقعة في هذا النكاح
قال قدس الله سره ولو كانت معه على طلقتين فطلقها اثنتين مع علمها استحق الجميع وكذا مع
جهلها الثلث وان طلق واحدة استحق الثلث مع جهلها ومع علمها النصف لانها بذلت الالف في
تكملة الثلاث ويحتمل الثلث لان هذه الطلقة لم يتعلق بها من تحريم العقد شيء **اقول** الاقوى
عندي ما ذكرته في المسألة السابقة **قال** قدس الله سره ولو قالت طلقني عشرا بالف فطلقها
واحدة فله عشر الالف فان طلقها ثانية فله خمسها فان طلقها ثالثة فالجميع على اشكال **اقول**
منشأه من انها بذلت في مقابلة العشر ولم يحصل ويحتمل ان يكون له بالثلث ثلاثة اعشار ومن
حيث ان مقصودها الحرمة الكبرى والعدد للتاكيد والتقسيط عندي بعيد لما ذكرته
وصرف المجعول الى بعض المسؤول بعيد ايضا وهذه الفروع كلها لا اعتبار بها عندي بل الضابط
عندي ان العدد المسؤول ان ملكه الزوج كله واجابها فله المال المسمى وان اجابها الى بعضه
خاصة او لم يملكه فليس له شيء **قال** قدس الله سره ولو قالت طلقني ثلاثا بالف فقال انت
طالق واحدة بالف وثنتين مجانا فالاقرب ان الاولى لا تقع لانه ما رضيها الا بالالف وهي
ما قبلت الا ثلثها والثنتان بعدها لا يقعان الا ان يأتي بصيغة الطلاق الشرعي فتقع الثانية
ويحتمل ان يكون له ثلاثة ولى ثلث الالف ويحتمل بطلان الفدية ووقوع الاولى رجعية

اقول وجه بطلان الاولى ان كلامه ليس صريحا في سؤالها لعدم مطابقتها اذ سؤالها ان اسعفني التوزيع فقد سألت كل واحدة بثلث الالف وهو لم يرض الا بالالف والاظهر بيان الواحدة بعوض وعلى كل تقدير يكون مبتدئا فلا يقع لان الطلاق بعوض جواب سؤال او ايجاب لقبول عنها فعلى هذا الوجه وهو انه لا يقع الاولى فلا يخلو اما ان يأتي في كل من الثانيتين بالصيغة الشرعية اولا فان كان الاول وقعت البائنة وان كان الثاني فان اتى بالصيغة الشرعية في احديهما وقعت وتعين الاخرى والا لغتا ووجه احتمال ان يصح الاولى بثلث الالف بناء على انه جعالة لانها لم يرض بواحدة الا بثلث الالف حيث سألت الثلاث بالف بلا زيادة عليه كما في سائر الجعالات وهذا الاحتمال الثالث الذي ذكره المصنف هو الاصح عندي وهو ان الفدية تبطل لما تقدم ولا يلزم من بطلان الفدية بطلان الطلاق بصيغة الشرعية لانه ليس تعليقا للطلاق على الفدية بل هو ايجاب للفدية فيقع الطلاق رجعيا وهذا هو الذي استقر عليه رأي والدي قدس الله سره وقوله في وجه الاحتمال الاول لانه ما رضيها الا بالالف وهي ما قلت اشارة الى فائدة وهي مشابهته للمعاوضة وعليه بني هذا الاحتمال **قال** قدس الله سره ولو كانت معه على طلقة فقالت طلقني ثلاثا بالف واحدة في هذا النكاح واثنتين في غيره لم يصح في الاثنتين فان اطلق الثالثة استحق ثلث الالف **اقول** مراده بالثالثة هنا الاولى التي في هذا النكاح فان كل واحدة من ثلاث فهي ثالثة بالنسبة الى الاثنتين المطلب السادس في بقايا مباحث الخلع والتنازع **قال** قدس الله سره ولو قال طلق زوجتك وعلي الف لزمه الالف مع الطلاق ولا يقع الطلاق بائنا اما لو قال خالعها على الف في ذمتي فوجه الوقوع اشكال **اقول** هنا مسئلتان آ لو قال طلق زوجتك وعلي الف على سبيل الجعالة صح ولزمه الالف مع الطلاق لان الطلاق امر يستقل به الزوج فجازت الجعالة عليه من الاجنبي لامكان اشتماله على غرض مقصود له يتوله على جعالة ب لو قال خالعها وحكم على الف في ذمتي قال المصنف فيه اشكال ومنشؤه انه معاوضة فلا يصح ان يملك واحد عوضا وعوضه على غيره ومن حيث انه افتداء للاية والافتداء يصح من الاجنبي والشيخ في المبسوط قوى المنع وماخذ القولين ان الخلع هل هو معاوضة او افتداء ويمكن ان يقال المتجه ان الخلع فسخ بالتراضي او طلاق والبذل اجنبي وعلى الثاني من كل منهما

يصح

يصح وعلى الاول من كل منهما لا يصح والفرق بين الفسخ هنا والطلاق ان الفسخ هنا بعوض بالتراضي فلا يصح ان يفرح به الاجنبي والفرق بين هذه المسئلة والمسئلة المتقدمة في المطلب الرابع في الفدية حيث قال قدس الله سره ويصح البذل منها الى قوله ومن يضمنه باذنها وهل يصح من المتبرع اي يصح الخلع ممن يضمنه متبرعا واما في هذا الموضع فالمراد به ما ذكرنا والاصح عندي انه لا يصح في الموضعين **قال** قدس الله سره ولو ادعت ذكر القدر واهمال الجنس واختلفا في الارادة قيل يبطل وقيل يقدم قولها وهو اقرب **اقول** القائل بالبطلان هو الشيخ في المبسوط وقال بعض اصحابنا يقدم قولها واختاره المصنف وهو الاصح عندي لانه اختلاف في ارادتها ولا يطلع عليها الا البشر الا هي فكان قولها مقدما **قال** قدس الله سره واذا اطلقت المرأة اسعفني الخلع فهو مهر المثل حالا بنقد البلد فان خالع بدونه او مؤجلا او بادون من نقد البلد صح ولو زاد فلا قرب بطلان الخلع **اقول** وجه القرب ان الزوج لم يرض الا بالزيادة واذنها لا يقتضيها والخلع لا يقع موقوفا فلا يلزمها فيبطل البذل فيبطل الخلع ببطلان البذل ولان الخلع اما معاوضة على قول او تعليق من الزوج بالعوض كما ذهب كثير من المخالفين وعلى كل تقدير منهما يبطل ببطلان البذل ويحتمل الصحة فيحتمل ثبوت مهر المثل كفساد عوض الجعالة ويحتمل انه ان اضاف اليها كمن مالها او عليها بطل الخلع وان اضاف اليه فاما بالضمان عنها اولا بان يقول علي او من مالي فيتفرع على مسئلة الاجنبي فعلى القول بالصحة منه فهنا يصح لانه حينئذ عقد يستقل فيه الاجنبي بالتزام المال فيجوز وان لم يضف اليه ولا اليها احتمل الزامه لانه جعالة او افتداء وعليه فيبطل الخلع لانه معاوضة والاصح عندي انه يبطل الخلع فان اتبعه بالطلاق وقع رجعيا والا فلا لان فعل النبي عليه السلام في امرأة ثابت بن قيس بذل العوض منها وكذا الاخبار الواردة عن الائمة عليهم السلام **قال** قدس الله سره ولو كان التوكيل في الطلاق بعوض او للتنجيز بالطلاق قبل وقع رجعيا ولا فدية ولا يضمن الوكيل وفيه نظر **اقول** اي لو وكله في الطلاق بعوض او في خلع فتبعه بالطلاق بعوض معين او مطلق فزاد على ما عينته او على مهر المثل قال الشيخ يقع رجعيا ويبطل البذل قال والدي وفيه نظر في الموضعين آ في عدم الفدية فانه يحتمل ثبوت مهر المثل كفساد عوض سائر الجعالات فان فديه الطلاق جعالة اذا الطلاق لا يقع معلقا

على العوض ولم يوقع الطلاق مجاناً وانما اقصد بعوض واوقع هو بعوض ايضاً فلا يقع مجاناً ب
في عدم ضمان الوكيل ويحتمل ضمانه لانه المباشر لبذل الزيادة وانما زاد وملكه عن البضع بفعله
ويحتمل عدمه للاصل هذا اذا لم يضفه اليهما ولا اليه اما لو اضاف اليها كقوله عليها او من مالها
او اضاف اليه كقوله من مالي او علي فالحكم تقدم واعلم انه قال ولو كان التوكيل في الطلاق
بعوض نبها على الفرق بين الخلع المجرد والطلاق وبينه وبين ما اذا اتبعه بالطلاق فان الخلع
يحتمل البطلان واما الطلاق فلا يحتمل بطلانه لان الطلاق ليس يعلق على العوض والا بطل
بل هو ملزم للعوض لانه قال الطلاق بعوض لم يقع وبغير عوض غير مقصود لانا نقول
الطلاق هو المقصود والعوض تابع له والتحقيق انه ليس بعوض حقيقة **قال** قدس الله سره
ولو قال طلقها يوم الخميس فطلق يوم الجمعة فالاقرب البطلان ولو طلقها يوم الاربعاء بطل **اقول**
وجه القرب ان الاذن لم يتناول الا يوم الخميس ولم يتناول يوم الجمعة والطلاق يوم الجمعة
غير ماذون فيه ويحتمل الوقوع لانه رضي بحصول البينونة في يوم الخميس وهو البينونة وقد اذن له
في السبب الموجب لذلك والاصح عندي البطلان واما لو اوقع الطلاق يوم الاربعاء فانه باطل
قطعا لانه لم يرض بوقوعه ولا بوقوع اثره فيه **قال** قدس الله سره واذا خالعها او بارأها
ثبت العوض المسمى ولم يسقط ما لكل واحد منهما من حق ماض ولا مستقبل سواء كان الحق من
جهة النكاح كالصداق وغيره او من غير جهته سوى النفقة المستقبلة ما لم ترجع في العوض
في استحقاق النفقة حينئذ اشكال **اقول** هذه المسألة نعلم حكمها وبيانها ان المراة
اذا رجعت في البذل في العدة هل يصير الطلاق رجعيا وتتبعه احكام الرجعة كلها او يثبت فيه
جواز الرجعة ولا يصير رجعيا كلام الاصحاب يحتمل الوجهين **المطلب السابع**
في المباراة **قال** قدس الله سره واتباعها بلفظ الطلاق اجماعاً وفي الخلع خلاف **اقول**
قد تقدمت الاشارة الى الخلاف فيه

الباب الثالث في الظهار

وفيه مقاصد

أ الظهار شرعاً تشبيه الزوج المكلف منكوحته ولو مطلقة رجعية في العدة وقيل بالعقد
الدائم بظهر امه وقيل تشبيه من يملك نكاحها بعقد دائم بظهر محرمة عليه ابدا بنسب او رضاع
او مصاهرة والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى والذين يظاهرون منكم

ن

٤١

من نسائهم ما هن امهاتهم ان امهاتهم الا اللائي ولدنهم وانهم ليقولون منكرا من القول
وزورا وقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا الآية واما السنة
فلما ياتي واما الاجماع فظاهر ب الظهار محرم لقوله تعالى وانهم ليقولون منكراً
من القول وزورا ويجب عليه الكفارة بالظهار والعود لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم
ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة والعود عندنا هو العزم على الوطي ج لا يقع من الصبي
لان الظهار المعتبر هو المنكر والزور للآية ولا يتحققان في ظهار الصبي لعدم تكليفه وانتفاء
اللازم يوجب انتفاء الملزوم ولان عبارته غير معتبرة شرعاً ولاستلزامه وجوب الطلاق
او الكفارة واللازم منتف في حق الصبي فينتفي الملزوم وفيه مقصدان **الاول** في اركانه
وهي اربعة **الاول** الصيغة **قال** قدس الله سره ولو حذف حرف الصلة فقال انت
كظهر امي وقع ولو حذف لفظ الظهر وقال انت علي كامي او مثل امي فان نوى الكرامة والتعظيم
او انها كامه في الكبر والصفة لم يكن شيئا وان قصد الظهار قيل وقع وفيه اشكال **اقول**
قال الشيخ في المبسوط هو كناية لم يتعلق الحكم بمجرده بل لا بنية بلا خلاف واقول ان كان
قوله بلا خلاف راجعا الى قوله لم يتعلق الحكم بمجرده فهو مسلم وان كان راجعا الى الحكمين
المستفاد منه فيكون بعد وقوعه بنية بلا خلاف فهو في موضع المنع وقال ابن ادريس لا يكون
ظهارا وهو الحق لان لفظ الظهر شرط في صحة الظهار وكل شرط في صحة الظهار اذا فقد
بطل الظهار اما الاولى فلان انت علي كظهر امي هو الظهار الذي وردت الآية فيه لان خولة
بنت مالك بن ثعلبة قال لها زوجها اوس بن الصامت انت علي كظهر امي فاتت الى النبي
صلى الله عليه وعلى آله لتشكو عليه ورسول الله يجادلها ويقول لها اتقي الله فانه ابن عمك
فلم تبرح حتى نزل قوله تعالى قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها الآية ولما رواه زرارة في
الصحيح عن الباقر عليه السلام انه سئل عن الظهار كيف هو فقال يقول الرجل لامراته وهي
طاهر في غير جماع انت علي حرام مثل ظهر امي او اختي ولان الظهار مشتق من الظهر وصدق
المشتق يستلزم صدق المشتق منه اختج الشيخ بانه شبهها بشعر الام وكفها او بطنها قاصداً
بها الظهار ظهار وكلما كان كذلك فتشبيهها بالام مع قصد الظهار ظهار اما المقدمة الاولى

فلما رواه سدير عن الصادق عليه السلم قال قلت له الرجل يقول لامرأته انت علي كشعر امي او
ككفها او كبطنها او كرجلها قال ما عنى ان اراد به الظهار فهو الظهار واما المقدمة الثانية فلدلالته
عليه بطريق التنبيه بالادنى على الاعلى فان الاولوية ضرورية والجواب منع المقدمتين
اما آ فان سندها ضعيف فان في طريقها سهل بن زياد وهو ضعيف ولم يعتمد الشيخ على شئ من
رواياته وعباس بن ابراهيم وهو فطحي واما ب فلانا نمنع الاولوية والحق عندي ان
الاسباب الشرعية انما تستفاد من نص الشرع لا من غيره والذي وقع الاجماع عليه ودل الكتاب
والسنة المتواترات على كظهر امي وغيره ولم يرد فيه الا اخبار احاد ضعيفة السند فلا يعارض القرآن
قال قدس الله سره ولو شبه عضوا من امرأته بظهر امه فالاقرب عدم الوقوع كان يقول
يدك علي كظهر امي او فرجك اقول قال الشيخ في المبسوط يقع وقال ابن الجنيد لا يقع وهو الاصح
عندي ودليلنا ما تقدم قال قدس الله سره ولو عكس فقال انت كيد امي او شعرها او
بطنها او فرجها علي فالاقرب عدم الوقوع ايضا اقول قال الشيخ في الخلاف وفي المبسوط يقع
اذا نوى به الظهار وتبعه ابن البراج في المهذب وابن حمزة وقال المرتضى وابن ادريس وابن زهرة لا يقع
وهو الظاهر من كلام المفيد والاصح عندي عدم الوقوع لما تقدم قال قدس الله سره ولو قال
انت علي حرام فليس بظهار وان نواه وكذا علي حرام كظهر امي على اشكال اقول قال الشيخ
في المبسوط والخلاف لا يقع وتبعه ابن البراج واستشكل المصنف هنا من حيث قول الشيخ
لان هذه الصيغة غير الصيغة المتفق عليها شرعا والاصل بقاء الحل ومن حيث ان قوله حرام تاكيد
لغرضه فلا ينافيه فان قوله انت علي كظهر امي لا بد وان ينوي به التحريم فاذا نطق به كان اولى و
اختاره في المختلف قوة لرواية زرارة المتقدمة وهذا هو الاقوى عندي والعجب ان الشيخ رحمه الله
جوز الكنايات غير ظ وما هو ابعد من هذه ومنع هذه الصيغة قال قدس الله سره ولو قال
انت طالق كظهر امي وقع الطلاق ولغا الظهار وان قصدهما وقيل ان قصدهما والطلاق رجعي وقعا
فكانه قال انت طالق انت كظهر امي فان النية غير كافية من دون الصيغة ويقعان معا لو قال
انت كظهر امي طالق على اشكال اقول هنا مسئلتان آ ان يقول انت طالق كظهر امي
فان لم ينوهما معا وقع الطلاق لاتيانه بلفظ الصريح ولا يصح الظهار لان قوله كظهر امي لا استقلال له

وقد انقطع عن قوله انت بالفاصل الحاصل بينهما فخرج عن الصراحة للاحتمال ان يكون قوله كظهر
امي صفة مؤكدة لتحريم الطلاق ولم يقصد الظهار فلا يقع وهذا اجماع منا واما ان نواهما معا بان
نوى بقوله انت طالق الطلاق وبقوله كظهر امي الظهار قال المصنف لا يقع الظهار واختاره
ابن البراج واحتج المصنف بان قوله انت طالق كظهر امي الجار والمجرور متعلق بطالق وقوله انت
طالق جملة تامة من مسند اليه وهو انت وخبر هو طالق وكظهر امي جار ومجرور وهو فضلة زائدة على الجملة لا
يتوقف الحكم عليها فيفيد وجه التشبيه وتاكيد الطلاق لا نفس الظهار وهذا هو المفهوم عند الاطلاق
فاذا اراد جملة اخرى فقد زالت المسند اليه قبل قوله كظهر امي فيبقى تقديره انت كظهر امي حتى يتم الكلام
فيكون صيغة الظهار بعضها مقدر منوي وهو انت وبعضها مذكور ولا يقع بذلك ظهار واليه اشار
بقوله النية غير كافية من دون الصيغة اي النطق بكل الصيغة وقال الشيخ الطوسي في المبسوط
ان كان الطلاق رجعيا وقع الطلاق والظهار وان كان بائنا لم يقع لانه ظهار للمطلقة البائن فلا يقع لانها
اجنبية حينئذ ب انت كظهر امي طالق فقال الشيخ يقع الظهار والطلاق لان اطلاق المظاهر
منها صحيح سواء كان الطلاق بائنا او رجعيا وقال شيخنا فيه اشكال منشؤه ان صيغة الطلاق
لم يات بها وهي قوله انت طالق وفيه المسند اليه لا يكفي في السبب الشرعي بل لا بد من اللفظ ولمنع
الكوفيين من تعدد خبر المبتدأ الا ان يمكن اتحادهما في ثالث كقولنا الماء بارد حار فانه يمكن
اجتماعهما في الفاتر ومن حيث انه في العرف مستعمل ظاهر تعدد الخبر وقد اجازه البصريون والاصح
عندي الاول الركن الثاني في المظاهر قال قدس الله سره ويصح من العبد والكافر
على راي اقول هنا مسئلتان آ العبد يصح ظهاره باتفاق علمائنا خلافا لبعض العامة لنا
عموم الاية قالوا لازم الظهار ايجاب تحرير الرقبة لقوله تعالى فتحرير رقبة والمفهوم منها اللزوم
والعبد لا يملك الرقبة قلنا قال الله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا والعبد
غير واجد ب الكافر واختلف في صحة الظهار منه فقال الشيخ في الخلاف والمبسوط وابن
الجنيد لا يصح الظهار من الكافر وقال ابن ادريس والذي اختاره المصنف قدس الله سره يصح وهو
الاصح لعموم الاية احتج الشيخ بان كل من يصح ظهاره يصح الكفارة منه لقوله تعالى والذين يظاهرون
من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة والكافر لا يصح منه الكفارة لافتقارها الى النية

لانها عبادة ولا يصح من الكافر ولان الظهار يفيد تحريما يبيح ازالته بالكفارة وهو لا يتحقق في حق
الكافر فلا يترتب اثر الظهار عليه واجاب عن الاول والثاني بمنع المقدمة الثانية
فان الكافر يصح ان ياتي بالكفارة بان ياتي بشرطها وهو الايمان ثم ياتي بها واجاب بعضهم بان
الكافر يصح عتقه والعادة ولا يمنع لمنع فرع منها وليس بجيد اذ عتق الكفارة عبادة وكذا الطعام
ولا يصح من الكافر عبادة قال قدس الله سره والخصي والخنثى اذ حرمنا ضروب
الاستمتاع اقول مبنى هاتين المسئلتين على تحريم ضروب الاستمتاع كافة فان قلنا انه وقع منهما
واقتصرنا على تحريم الوطي لم يقع منهما لاستحالته اما الخصي فظاهر والمراد بالخصي هو الخصي المجبوب
والخصي الذي لا يتمكن من الايلاج واما في الخنثى فان المراد الخنثى المشكل لجواز ان يكون امراة واله الرجال
لها زايدة فلا يتحقق الوطي الصادر من الرجال منها وهو مناط الظهار فليبحث عن مقتضى الظهار من
التحريم فنقول تحريم الوطي اجماعي ويمتد الى فعل الكفارة او ما يقوم مقامها كالاستغفار في
المفلس لقوله تعالى فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ثم قال فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا
وكذا الحكم لو كان يكفر بالاطعام وان لم يتعرض في الاية له بل قال فاطعام ستين مسكينا حملا للمطلق
على المقيد مع اتحاد الواقعة واما تحريم ضروب الاستمتاع فذهب بعضهم اليه لقول النبي عليه السلام لرجل
ظاهر من امراته لا تقربها حتى تكفر وروي اعتزلها حتى يكفر والنهي مفيد النفي العام كالاجنبية
ولان الاستمتاع يدعو الى الوطي ويفضي اليه ولان قوله تعالى من قبل ان يتماسا حقيقة لغوية
في ساير الاستمتاعات والاصل عدم النقل وذهب اخرون الى عدم تحريمه لها واقتصاره على تحريم
الوطي لانه لا يخل بملك الوطي بل انما هو لعارض كالصوم والحيض ولان الاصل بقاء التحليل
الى ان يثبت سبب التحريم والاصل عدمه وقوله تعالى من قبل ان يتماسا محمول على الوطي لقوله تعالى من قبل
ان تمسوهن والاقوى الاول الركن الثالث المظاهرة قال قدس الله سره وهل
يشترط العقد فيه نظر والمروي انه يقع بالموطوءة بملك اليمين اقول اختلف الاصحاب في اشتراط
العقد في المظاهر منها فاشترطه بعض ونفاه اخرون ويتفرع على ذلك هل يصح ظهار الموطوءة بملك
اليمين اختلف الاصحاب في ذلك فقال الشيخ في النهاية والخلاف انه يقع سواء كانت مملوكة او مدبرة
او ام ولد وهو اختيار ابن ابي عقيل وابن حمزة وقال المفيد بعدم وقوعه واختاره ابو الصلاح

وسلار

وسلار وابن البراج في كتابيه والصدوق وابن ادريس ونقله عن المرتضى قال ابن الجنيد لا يقع
الظهار الا موقع الطلاق واختاره والدي قدس الله سره في المختلف الاول احتج الاولون بوجوه
آ ان الامة بعض النساء وكل النساء يصح ظهارهن فالامة يصح ظهارها اما الاولى فلقوله تعالى
وامهات نسائكم واتفق الكل على شمول اللفظ للامة واما الثانية فلقوله تعالى والذين يظاهرون
من نسائهم وهو عام ب ما رواه اسحق بن عمار في الموثق عن الكاظم عليه السلام قال سالته
عن رجل يظاهر من جاريته فقال الحرة والامة في هذا سواء ج ما رواه محمد بن يعقوب في الصحيح باسناده
عن محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال سالته عن الظهار على الحرة والامة فقال نعم احتج
الاخرون بما رواه حمزة بن حمران قال سالت اباعبد الله عليه السلام عن رجل جعل جاريته عليه كظهر
امه فقال ياتيها وليس عليه شيء واجاب والدي قدس الله سره بضعف السند فان في
طريقها الحسن بن علي بن فضال وابن بكير وهما ضعيفان قال قدس الله سره وحمزة بن حمران لا اعرف
حاله قال قدس الله سره وهل يشترط كون العقد دائما خلاف اقربه الوقوع بالمستمتع بها
اقول اختلف الاصحاب في وقوع الظهار بالمستمتع بها فقال الصدوق وابن الجنيد لا يقع
واختاره ابن ادريس وقال المرتضى وابو الصلاح وابن زهرة بوقوعه واختاره المصنف هنا
وفي المختلف احتج الاولون بما رواه ابن فضال عمن اخبره عن الصادق عليه السلام
قال لا يكون الظهار الا على مثل موقع الطلاق واجاب عنه المصنف بضعف السند وكونها
مرسلة احتج الاخرون بقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم والمستمتع بها من النساء ولانها
زوجة لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير
ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون قال قدس الله سره وهل يشترط
الدخول المروي اشتراطه وقيل لا للعموم اقول منع الشيخ من ظهار غير المدخول بها في النهاية
والمبسوط والخلاف وجعل الدخول شرطا وهو قول الصدوق والظاهر من كلام ابن الجنيد و
ابن البراج في كتابيه واعتمد عليه والدي في المختلف الذي ورد في الروايات اشتراط الدخول
في المظاهر منها ولنذكر منها روايات ثلاثا آ ما رواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم عن الباقر
او الصادق عليهما السلام في المراة التي لم يدخل بها زوجها قال لا يقع عليها ايلاء ولا ظهار ب

ما رواه الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام قال سألته عن رجل مملك ظاهر من امرأته قال
لا يلزمه وقال ع لا يكون ظهار ولا ايلاء حتى يدخل بها ج روى مثل الرواية الثانية بعينها
محمد بن يعقوب باسناده في الصحيح عن الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام وقال المفيد و
سلار وابن زهرة وابن ادريس انه يقع ونقله عن السيد واحتجوا بعموم قوله تعالى والذين
يظاهرون من نسائهم المتناول للمدخول بها وغيرها قال قدس الله سره والاقرب اشتراط التعيين
اقول وجه القرب ان الظهار يستلزم احكاما لا يمكن تعلقها الا بشخص لا بمبهم كالمرافعة
وضرب المدة وغيرها لك من احكام الاشخاص ويحتمل عدمه كما قررنا في الطلاق الركن الرابع
المشبه بها قال قدس الله سره وهل يقع لو شبهها بغيرها من المحرمات نسبا او رضاعا كالاخت
والعمة والخالة وبنت الاخت وبنت الاخ والام من الرضاعة وغيرها خلاف اقربه الوقوع اذا جاء
بصيغة الظهر اقول في المشبه بها اقوال أ انها الام خاصة وهو اختيار ابن ادريس ب
انها كل محرمة على التأبيد بالنسب خاصة وهو اختيار ابن البراج لان التحريم لازم لوجودها لم يتخلف
عنه بخلاف الرضاع فان تحريم مسبوق بالاباحة بالعقل في بعض آن منه وجودها وقبل التحريم عرضي
يمكن ان يزول بالفعل ثم يعرض لها التحريم ويدعم فالمشبه بالاعم بها اعم من المشبه في الحالة
الاولى او الاخيرة فلا تحرم ج كل محرمة نسب او رضاع وهو اختيار الشيخين وابن الجنيد
وابن حمزة احتج الاولون بما رواه سيف التمار في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال قلت له
ان الرجل يقول لامرأته انت علي كظهر اختي او عمتي او خالتي قال فقال انما ذكر الله الامهات
وان هذا الحرام احاب والتالي بانه لا يدل على عدم الوقوع باحدى الدلالات وفيه نظر
فانه لو لم يدل لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة او السؤال احتج الشيخان بما رواه زرارة في
الصحيح عن الباقر عليه السلام قال سألته عن الظهار فقال هو من كل ذي محرم اما او اختا او
عمة او خالة الحديث وقوله كل ذي محرم نص على العموم وفيه نظر اما أ لان التحريم بالظهار
سببه التشبيه بالنسب لا بنفس النسب فلا يلزم من كون التشبيه بالنسب سببا في التحريم كون
التشبيه بالرضاع سببا فيه واما ب انه ليس بعام بل يشابهه من بعض الاحكام فلا يدل
على صورة النزاع واما ج فانه على فرضها بالام او الاخت الحاق وهو في النسب حقيقة فلا يعم المجاز

اعترضت والذي في الدرس بقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى قوله ما هن امهاتهم
الضمير راجع الى الذين يظاهرون من نسائهم بنفيها انسوا فدلالة صيغته على ان الصيغة بالام اجاب
بان عود الضمير الى بعض ما يتناوله العام لا يقتضي التخصيص وهذه المسألة قد قررت في الاصول ولانه
اخبار عن الذي ظاهر بالام وهو نوع من الظهار ولا يقتضي انحصاره فيه ج كل محرمة حال
انقاعه نسب او رضاع او مصاهرة للاشتراك في العلة قال قدس الله سره وهل يدخل الجدة
تحت الام اقتصرنا عليها اشكال اقول ينشأ من انها هل هي ام حقيقة او مجاز قيل بالاول
لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم واتفق الكل على دخول الجدة والاصل في الاستعمال الحقيقة ولان
اهل اللغة اقتصروا عليه قال ابن عباس ما كنت اعرف الفاطر حتى تحاكم الي اعرابيان فقال احدهما
انا فطرتها يعني ابتدأتها وقال ما كنت اعرف الدهاق حتى سمعت بنات العرب يقول اسقني دهاقا
فاستدل بمجرد الاطلاق على الحقيقة فلو لم يدل لكان من الاغلاط وقيل بالثاني لقوله تعالى
ان امهاتهم الا اللائي ولدنهم وهذه من مواضع الحصر لصحة النفي فانه يصدق هذه ليست امي بل
ام ابي او ام امي وهو خاصة مطلقة للمجاز وليس على الفقيه تحقيق ذلك بل تسليمها اما من صاحب
اللغة او صاحب العرف المقصد الثاني في احكامه قال قدس الله سره الظهار
حرام لاتصافه بالمنكر وقيل لا عقاب فيه لتعقيبه بالعفو اقول اتفق اصحابنا على تحريم الظهار
لقوله تعالى وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا وكل منكر حرام وكذا كل زور ثم اختلفوا فقال بعضهم
انه يعفى عنه ولا يعاقب عليه في الاخرة لقوله تعالى وان الله لعفو غفور فعقبه بالعفو وهو يستلزم نفي
العقاب وقيل لا بل حكم العفو منفصل في الآخرة قال قدس الله سره ولا يقع يمينا ولا معلقا ولا في
اضرار على رأي اقول قيل لا يقع في اضرار لقوله عليه السلام لا ضرر ولا اضرار فانه نفي كلما
هو علة تامة فيه او جزء علته التامة لان نفي المعلول يدل على نفي العلة وقيل يقع في الاضرار لعموم الآية
قال قدس الله سره وهل يقع موقوفا على شرط الاقرب ذلك اقول قال الشيخ في
النهاية والمبسوط والخلاف يقع موقوفا على الشرط وهو اختيار الصدوق في المقنع وابن حمزة وقال
السيد المرتضى في الانتصار وابن البراج وسلار وابو الصلاح وابن زهرة لا يقع بشرط وظاهر
كلام ابن الجنيد واختيار المصنف الاول وهو الاصح عندي لنا عموم الآية وما رواه حريز

في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال الظهار ظهاران واحدهما ان تقول انت علي كظهر امي
ثم سكت فذلك الذي يكفر قبل ان يواقع واذا قال انت علي كظهر امي ان فعلت كذا وكذا ففعل
وحنث عليه الكفارة حين يحنث احتج الاخرون بما رواه القاسم بن محمد الزيات قال قلت لابي الحسن
الرضا عليه السلام اني ظاهرت من امراتي فقال كيف قلت قال قلت انت علي كظهر امي ان فعلت
كذا فقال لا شي عليك ولا تعد اجاب والدي قدس الله سره بان في طريق هذه الرواية
اباسعيد الادمي يروي عن القسم بن محمد الزيات ولا عبرة به والفرق بين اليمين والشرط مع اتحاد
صورتهما ان اليمين المقصود به الكف و زجر النفس او الالزام بالقربة الراجحة على تقدير المخالفة
والمقصود في الشرط التعليق بالمشروط ووقوعه عند وقوعه قال قدس الله سره وفي الفرق
بينه وبين المعلق نظر اقول المراد بالمعلق هو المعلق بالزمان المستقبل كقوله انت علي
كظهر امي اذا جاء راس الشهر واعلم ان هذا فرع على المشروط فكل من قال بعدم وقوعه مشروطا
قال بعدم وقوعه معلقا بالزمان المستقبل والقائلون بوقوعه مشروطا اختلفوا هنا فقال بعضهم لا يقع
معلقا لان النص انما جاء على الشرط الممكن وقوعه في الحال وعدم وقوعه واما المعلق على الزمان
فيتعين وقوعه في زمان ايقاعه ثم يحكم ايقاعه في الزمان المستقبل قطعا وقال الشيخ في المبسوط يقع
معلقا كما يقع مشروطا والمصنف قال في الفرق نظر ووجه وجود التعليق فيهما ومن عدم كونه صورة
النص وايضا في صلاحية ما ذكروه فرقا للفارقية فانه وصف طردي قال قدس الله سره
ولو قال انت علي كظهر امي ان لم يشا الله فان كان عدليا وقع ان عرف التحريم وان كان اشعريا فاشكال
اقول هذه المسئلة فرع على صحة تعليق الظهار بشرط وتقريرها انه اذا قال انت علي كظهر
امي ان لم يشا الله وله صورتان آ ان يكون المراد ان لم يشا الله ظهاري اياها وهذه المسئلة مفرعة
على قواعد احدها ان الظهار قبيح حرام للآية وهو اجماع وثانيها ان مشية الله تعالى هل يتعلق
بايجاد القبيح احالته المعتزلة والامامية وجوزته الاشاعرة وتحقيقه في علم الكلام وثالثها
انه هل يمكن ان يقع خلاف مشية الله تعالى فاحاله الاشاعرة وجوزه المعتزلة والامامية ورابعها
هل مشية الله تعالى هي السبب في وقوع كلما يقع من الموجودات والاحكام وغيرها قالت
الاشاعرة نعم وقالت المعتزلة والامامية لا اذا تقرر ذلك فنقول يقع الظهار في هذه الصورة

عند

عند الامامية والمعتزلة لان التعليق على شرط وصحته تصير بتحقق الشرط ملزوما لوقوع المشروط
وهو ظاهر وقد تحقق الشرط المعلق عليه وقوع الظهار وهو عدم مشية الله تعالى له واما
الاشاعرة فقد اختلفوا فقال بعضهم لا يقع للجهل بالشرط مع امكان العلم به عادة اذ مشية الله له وعدمها
لا يمكن العلم بها عادة لانقطاع الوحي بوفاة الرسول عليه السلام والعلم العادي بانتفاء الالهام
لمثل هذا وقال بعضهم يقع لانه كلما وقع الشرط المعلق عليه الظهار وقع الظهار وكلما وقع السبب الموجب
لثبوت الظهار وهو المشية وقع الظهار والمقدمتان ظاهرتان والاقرب ان نقول وقوع الظهار لازم
للنقيضين فيكون واقعا والا ارتفع النقيضان او انفك الملزوم واللازم بقسميه باطل اما الملازمة للنقيضين
فلانه لا يخلو اما ان يتعلق المشية بالظهار او لا فان كان الاول وقع لوجود سببه لما تقدم في القاعدة
الرابعة وان كان الثاني وقع لوجود شرطه المعلق عليه واما بطلان اللازم اما ارتفاع النقيضين
فضروري واما انفكاك الملزوم فلفرض نقيضه والجواب ان هذه مغالطة وحلها منع لزومه
للنقيضين اما على قواعد الاشاعرة فلعدم لزومه لعدم مشية الله تعالى ظاهر لانه كلما لم يشا الله تعالى
وقوعه يستحيل وقوعه فلا يجتمع مع عدم المشية وكيف يلزم بهذا التعليق باطل لانه قد علق وجود
المعلول على عدم العلة فلو صح التعليق لزم من وجوده اجتماع النقيضين لان وجود المعلول يستلزم
وجود علته وهي المشية هنا ووجود الشرط المعلق عليه لاستحالة وجود المشروط بدون الشرط
والشرط هو عدم المشية فيلزم من وقوع الظهار وجود المشية وعدم المشية في وقت واحد بالنسبة
الى شخص واحد وامراة واحدة وظهار واحد فلا يصح هذا التعليق عند الاشاعرة ولا يقع
الظهار ب ان يكون المراد بقوله ان لم يشا الله ايقاع الصيغة موجبة للظهار فعلى
قول العدلية يقع الظهار لان هذه الصيغة منكر وزور وكذب فهي قبيحة ولا يتعلق مشية
الله بالقبيح فقد تحقق الشرط المعلق عليه وهو عدم مشية الله تعالى اياه وكلما تحقق الشرط
المعلق عليه تحقق المشروط لانه ملزوم له لانه المراد هنا واما على قول الاشاعرة فوقوعه
يدل على مشية الله تعالى له لما تقدم في الشرط وهو عدم تعلق المشية به فينتفي المشروط فلا يقع
الظهار ولا يلزم من مشية الله تعالى لهذا اللفظ مشيته للظهار لان هذا اللفظ انما يصلح سببا
للظهار اذا انتفت مشية الله تعالى للا مشيته تفريع لو علق بمشية الله لم يقع اتفاقا

اما عند المعتزلة فلما تقدم واما عند الاشاعرة فللمطلق بالمشية **قال** قدس الله سره واذا كان
متعديا او وقع بشرطه افاد تحريم وطي الزوجة حتى يكفر والاقرب تحريم غيره من ضروب
الاستمتاع لا تحرم عليها **اقول** هنا مسائل آ حكم وقوع الظهار تحريم اجماع تحريما ممتدا
الى التكفير لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة من قبل ان يتماسا ثم قال فصيام شهرين متتابعين من
قبل ان يتماسا وحمل اطلاق الاطعام عليه لان المطلق يحمل على المقيد عند اتحاد الواقعة ولقول
النبي عليه السلام لرجل ظاهر امراته لا تقربها حتى تكفر وروى اعتزلها حتى تكفر ومنه يشاء قول من
حرم ضروب الاستمتاع ب تحريم غيره من ضروب الاستمتاع التي تحصل متلذذا تحت
من بدنها وشيء من بدنه كالقبلة والعناق والضم لا بمجرد النظر واختلف الاصحاب فيه
فقال بعضهم بالتحريم وهو اختيار الشيخ في المبسوط وقال بعض بالاباحة وهو اختيار ابن
ادريس وقواه والدي المصنف في المختلف احتج الشيخ بان كل ذلك مسيس وكل مسيس حرام
قبل التكفير اما الاولى فظاهرة اذ هو حقيقة في ملاقي الابدان لغة والاصل عدم النقل
والاشتراك واما الثانية فللاية ووجوب حمل اللفظ على الحقيقة عند الاطلاق اعترض بان
المسيس الوطي لقوله تعالى من قبل ان تمسوهن والاصل في الاطلاق الحقيقة والجواب
انه لو كان حقيقة في الوطي لزم الاشتراك او النقل بل هو استعمال اللفظ في بعض افراد المتواطي
وهو اولى منهما ومن المجاز ايضا احتج ابن ادريس بان سبب المحرمات وهو يقتضي الاباحة
الامام ثبت بالنص ولم يثبت ما بعد الظهار نقض والاصل عدم غيره والجواب ان التحريم
ثبت بالحديث المتقدم وظاهر الاية والاقوى عندي اختيار الشيخ في المبسوط للاية
والخبر ولانه نزلها منزلة المحرمة المؤبدة فيحرم منها ما يحرم منها **المسألة الثالثة**
لا يحرم الرجل على المراة فلو تشبهت عليه او استدخلت ذكره من غير شعوره لم يحرم عليها لثبوت
الحل والاصل بقاؤه ولان المخاطب بمنزل التحريم هو الزوج **قال** قدس الله سره ولو
وطي خلال الصوم استانف وقيل لا يبطل التتابع لو وطي ليلا **اقول** اجمع كل اهل العلم
على وجوب التتابع في الصيام في كفارة الظهار ولورود لفظ التتابع في الكتاب والسنة
ومعنى التتابع هنا وشبهه الموالاة بين صيام ايامها واجمع الكل ايضا على ان من افطر

صوم

صوم يوم قبل مضي شهر ويوم بطل جميع الصوم الذي تقدم ووجب عليه استيناف الشهرين وانما
الخلاف في موضعين آ انه اذا وطي في خلال الشهرين ليلا قال الشيخ في المبسوط والخلاف
يبطل التتابع ويبطل ما تقدم من الصوم ويستأنف الشهرين وقال ابن ادريس لا يبطل التتابع لانه
عبارة عن اتباع صوم يوم لاحق بصوم يوم سابق من غير فارق وهذا متحقق وان وطي ليلا ولا
يستانف الكفارة لانه لم يبطل من الصوم شيء فلا يجب عليه الاستيناف بل يتم صومه وعليه كفارة
اخرى للوطي وان كان الوطي نهارا من غير عذر قبل ان يصوم من الشهر الثاني شيئا وجب
الاستيناف للكفارة التي يوجبها الظهار وكفارة اخرى للوطي عقوبة والاصح عندي
الاستيناف مطلقا وهو اختيار والدي لقوله تعالى فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فامر
بهما خاليين عن وطي ولم يات بهما على ما امر فلم يجزه ولان تحريم الوطي لا يختص بالنهار بل يشترك
فيه كليهما واستويا فيه كالاعتكاف فظهر انه لا فرق بين العمد والنسيان في ذلك آ
اذا وطي نهارا قبل ان يمضي من الثاني شيئا بطل ما تقدم من الصوم عامدا كان او ناسيا عندي وعند
والدي وجدي للاية لما تقدم في المسألة السابقة وقال الشيخ في المبسوط ان تعمد الوطي بطل التتابع
حقيقة وان كان ساهيا مضى في صومه ولم يلزمه شيء لقوله عليه السلام رفع القلم عن امتي الحديث
قال قدس الله سره وهل يكفي الاستيناف عن كفارة الوطي قبل اكمال التكفير اشكال
والاقرب ان الوطي ان وقع ليلا وجب الاتمام مطلقا والتكفير ثانيا وكذا ان وقع نهارا بعد ان صام
من الثاني شيئا وان كان قبله استانف وكفر ثانيا **اقول** ذكر هنا امرين آ انه هل
يكفي الاستيناف عن كفارة الوطي قبل اكمال التكفير ذكر فيه اشكالا ينشأ من انه يصدق عليه
انه كفر فيكفي عن كفارة الوطي وعن كفارة الظهار ولانه لم يطأ قبل التكفير لانه في اثنائه والكفارة
الثانية انما تجب على من وطئ قبل التكفير ومن انه لم يكفر بعد ولتعدد السبب فالاصل عدم التداخل
واعلم انه جزم فيما بعد بوجوب كفارة ثانية بالوطي قبل التكفير وتردد هنا وعندي فيه تردد
ب قوله والاقرب هو اختياره في انه اذا وطي في خلال الصوم وهو انه ان وطي ليلا وجب
الاتمام ولم يسقط التتابع ويكون مجزيا عن كفارة الظهار ويجب اخرى للوطي قبل التكفير وكذا
ان كان نهارا وقد صام من الثاني شيئا وان وطي نهارا قبل ان يصوم من الثاني شيئا بطل التتابع

واستانف كفارة الظهار ووجب اخرى للوطي سواء كان الوطي عمداً او سهواً ووجه القرب
اما عدم الاستيناف اذا وطي ليلا فلما مر من حجة ابن ادريس واما اذا وطي بعد ان صام من الشهر
الثاني شيئا لحصول التتابع بين الشهرين بصوم الاول وشيء من الثاني وقد حصل والاصح ما اخترناه
فيما تقدم وهو الاستيناف والدي قدس الله سره في المختلف اختار اختيار الشيخ في المبسوط
قال قدس الله سره ولو عجز عن الكفارة وما يقوم مقامها كفاه الاستغفار وحل الوطي على راي
اقول المراد هنا بالكفارة العتق والصيام والاطعام اذا عرفت ذلك فنقول البحث هنا في
مسائل ثلاث (ا) اذا عجز عن هذه الخصال الثلث هل لها بدل تقوم مقامها في حل الوطي بعده ام لا
قال المفيد وابن الجنيد لا بل يحرم عليه وطؤها الى ان يؤدي الواجب لان نص القرآن اباحها
على جزء الخصال الثلث فلا يجزي غيرها وهو قول الشيخ رحمه الله قال ويفرق بينهما الحاكم وقال كثير
من الفقهاء ثم لها بدل (ب) اختلف القائلون بالبدل لها هو فقال الشيخ في النهاية ايضا اذا
عجز عن ذلك اطعام ستين مسكينا صام ثمانية عشر يوما فان عجز عن ذلك ايضا كان حكمه
ما قدمناه من انه يحرم وطؤها عليه الى ان يكفر هذا كلام الشيخ في النهاية وقال ابن بابويه
في رسالته عقيب قوله واطعام ستين مسكينا لكل مسكين مد من طعام فان لم يجد تصدق بما يطيق
وكذا قال ابنه في المقنع ثم قال فيه وروي في حديث اخر انه اذا لم يطق اطعام ستين مسكينا صام
ثمانية عشر يوما وقال ابن البراج يصوم ثمانية عشر يوما وقال ابن حمزة اذا عجز عن صوم شهرين
متتابعين صام ثمانية عشر يوما فان عجز تصدق عن كل يوم بمدين من طعام (ج) اذا عجز
عن البدل الذي هو الصيام والاطعام على الاختلاف في الاقوال فيه اختلف الفقهاء هنا
فقال المفيد والشيخ وابن البراج وابن بابويه لا يحل له وطؤها ولا يقوم الاستغفار مقام الكفارة
وبدلها وقال ابن حمزة وابن ادريس بكفاية الاستغفار في حل الوطي ولا يجب عليه قضاء الكفارة
وهو اختيار والدي قدس الله سره احتج الاولون بالآية وانتفاء بدل للواجب بعض متاخر
نص واجيب بالمنع وقد حقق في الاصول احتج والدي باصالة براءة الذمة واباحة الوطي وايجاب
الكفارة مع العجز تكليف بغير المقدور وتكليف فوقا وبما رواه اسحق بن عمار في الموثق عن الصادق عليه السلام
ان الظهار اذا عجز صاحبه عن الكفارة فليستغفر الله ولينو ان لا يعود قبل ان يواقع ثم ليواقع

وقد

وقد اجزأ ذلك عنه عن الكفارة الحديث والاقوى عندي تحريمها الى ان يكفر باحدى الخصال
الثلاث المذكورة في القرآن لما تقدم ولما رواه ابو بصير عن الصادق عليه السلام قال كل من
عجز عن الكفارة التي تجب عليه من صوم او عتق او صدقة في يمين او نذر او قتل او غير ذلك
مما يجب على صاحبه فيه الكفارة فالاستغفار له كفارة ما خلا يمين الظهار فانه اذا لم يجد ما يكفر
به حرمت عليه ان يجامعها وفرق بينهما الا ان ترضى المراة ان يكون معها ولا يجامعها احتج الشيخ
على الاكتفاء بثمانية عشر يوما عند العجز عن الخصال الثلاث بما رواه ابو بصير عن الصادق
عليه السلام قال سألته عن رجل ظاهر من امرأته فلم يجد ما يعتق ولا ما يتصدق ولا يقوى
على الصيام قال يصوم ثمانية عشر يوما لكل عشرة مساكين ثلاثة ايام واقول في السند ضعف
قال قدس الله سره ولو كان الوطي هو الشرط ثبت الظهار بعد فعله ولا تستقر الكفارة
حتى يعود وقيل تجب بنفس الوطي وليس بجيد اقول وقيل الى آخره القائل بذلك هو الشيخ
رحمه الله بناء على ان الاستمرار وطء ثان ووجه ضعفه ان الوطي من ابتدائه الى النزع وطء واحد عرفا
والاطلاق انما يحمل على العرف والمشروط انما يقع بعد وقوع الشرط لا قبله قال قدس الله
سره فان وطي قبل التكفير لزمه كفارتان وتتكرر الكفارة بتكرر الوطي ولو وطي
ثانيا بعد ان ادى كفارة واحدة عن الاول او عن احدهما على اشكال وجبت ثالثة فان
نواها عن الظهار فلا شيء عن الثاني اقول هنا مسائل (ا) الوطي قبل التكفير عن
الظهار موجب لكفارة اخرى غير كفارة الظهار مطلقا وهو المشهور ذهب اليه شيخنا
والدي والشيخان والمرتضى وابن البراج وقال ابن الجنيد ان كان ممن يكفر بالعتق او بالصيام
لقدرته على احدهما لا بالاطعام فعجز عن الاولين فانه لا يجب عليه كفارة اخرى في الاخير والوقت
المقيد في الآية قبل التماس الاولين لا في الاخير والحق الاول لما ياتي (ب) هل
تتكرر الكفارة بتكرر الوطي ام لا اختلف الاصحاب هنا فقال الشيخ نعم كل وطي قبل التكفير
عن الظهار موجب لكفارة اخرى مطلقا وهو اختيار شيخنا وقال ابن حمزة تتكرر ان كفر عن
الاول لا ان لم يكفر عنهما او كفر عن الظهار والحق الاول لما رواه ابو بصير في الحسن عن
الصادق عليه السلام قال اذا واقع المرة الثانية قبل ان يكفر فعليه كفارة اخرى الحديث

ولوجود المقتضي وهو الوطي قبل التكفير واستقرار المانع اما الاول فلما رواه الحلبي في الصحيح
عن الصادق عليه السلام قال لا يمسها حتى يكفر قلت فان فعل فعليه شي قال اي والله
انه لاثم ظالم قلت عليه كفارة قبل التكفير عن الظهار وجبت عليه كفارتان غير الاولى قال نعم
تحقق اقتضا دقيه واما الثاني فظاهر للاصل ح اذا وطي قبل التكفير عن الظهار وجبت
عليه كفارتان ولو كفر ثم طلق ولم يعين في نيته كفارة الظهار ولا كفارة الوطي اي نوى احدهما
لا بعينها ذكر المصنف فيه اشكالا ناشيا من انه يصدق انه وطي بعد التكفير والوطي بعد
التكفير لا يجب فيه الكفارة ولاصالة براءة الذمة ومن ان حكم الظهار انما سقط اذا كفر
عن الظهار وانما تخصص الكفارة بالظهار بنية التكفير عنه واصل البراءة انما يكون حجة اذا لم
ينتقض وقد انتقض بالظهار وثبوت حكمه والاصل بقاؤه قال قدس الله سره ولو كرر
الظهار من واحدة وجب عليه بكل مرة كفارة سواء فرق الظهار او تابعه بين على راي
اقول المراد بالتفرق ان يكون الثاني متراخيا عن الاول وقيل في مجلس آخر غير مجلس
الاول والمراد بالمتابعة التوالي والمصنف هو انه اذا كرر الظهار ولم يظهر انه اراد بالثاني تاكيد
الاول وفيه خلاف بين الاصحاب فقال الشيخ وابن حمزة وابن ابي عقيل يلزمه بكل مرة كفارة
وقال ابن الجنيد ان تغاير المحرمة المشبه بها منهما كان ظاهر مرة بامه واخرى باخته تكررت
الكفارة وان كرر الظهار بواحدة كامه مثلا ولم يكفر عن المرة الاولى لم تتعدد الكفارة
واحتج الاول لما رواه محمد بن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال سالته عن
[illegible] امراته خمس مرات او اكثر قال قال علي عليه السلام مكان كل مرة كفارة
وفي الحسن عن الحلبي عن الصادق عليه السلام قال سالته عن رجل ظاهر من امراته ثلاث
مرات [illegible] احتج ابن الجنيد بما رواه عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح عن الصادق عليه السلام في رجل
ظاهر من امراته اربع مرات في مجلس واحد قال عليه كفارة واحدة اجاب الشيخ بان
المراد الاتحاد جنسا فلا يمنع التكرار بالنوع او يكون المراد بالثاني التاكيد ولقائل ان يقول يحمل على
الاول الخبر يدل على تكرار الظهار والبحث في تكرار الصيغة لا يتم الدليل الا مع القول بايجاب كل مرة
ظهارا او يكون الصيغة هي نفس الظهار ولم يرد الخبر دليل عليها قال قدس الله سره ويصح الظهار

يكفر بكل مرة ... صح

مطلقا

٤٩٨

[illegible] وكان كالمطلق حلالا فالمشهور [illegible]
تبعه ابن البراج وابن ادريس واختاره شيخنا في المختلف الصحة ان ارادوا عن [illegible]
احتج الشيخ بما رواه سعيد الاعرج في الصحيح عن الكاظم عليه السلام في رجل ظاهر [illegible]
قال ليس عليه شي والاقوى عندي اختيار الشيخ لان الظهار حكمه ولازمه التحريم [illegible]
دايما اذا كان موسرا دايما وهذا ليس كذلك ولانه لم يؤبد التحريم فاشبه تشبيهها بالمحرمة لا على
التأبيد فعلى هذا يبنى على القولين انه هل يشترط في الظهار المعلق او المعهود في الجاهلية قال
قدس الله سره وان قصرت المدة عن زمان التربص وقع على اشكال اقول منشأ [illegible]
من ان الظهار يلزمه التربص مدة ثلاثة اشهر مع الترافع وعدم الطلاق وذلك يدل بالاقتضاء
على ان مدة الظهار تزيد عن مدة التربص واعلم ان هذا ليس باختيار المصنف وانما اسقط هذا الاشكال
من النسخة فاسقط من بعض النسخ وبقي في بعضها ولا وجه له عندي بل هذه الفروع كلها ساقطة عندي لان نص الكتاب

تم الباب الحادي عشر في الظهار من هذا الكتاب
ويتبعه في المجلد الثاني الباب الثاني عشر في الايلاء
والحمد لله رب العالمين وصلى الله جل اسمه على اكرم المرسلين وخاتم
النبيين وسيد الاولين والاخرين محمد النبي وعلى آله واصحابه
وابنائه واولاده الطيبين الطاهرين في يوم الاثنين الثاني عشر
رمضان المبارك عمت ميامنه لسنة ثلاث و
تسعين وسبعمائة هجرية النبوية
بمقام سبزوار حرست
عن الخطار
اللهم اغفر لمن نظر فيه ودعا لكاتبه

قابلت جهد الطاقة ... بنسخة ...

